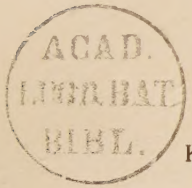
Die Untermiete

des Code civil, des österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht und des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches in rechtsvergleichender Darstellung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg



vorgelegt von

William Krueger

Kammergerichtsreferendar aus Königsberg i. Pr.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Referent: Professor Dr. Matthiaß

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

δόσις ὀλίγη τε φίλη τε.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0063

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	I. Begriff und Vorkommen der Untermiete	1
§ 2.	II. Gegenstand des Untermietvertrages	4
§ 3.	III. Personen bei der Untervermietung	6
§ 4.	IV. Vertragliche Regelung	8
§ 5.	V. Befugnis zum Weitervermieten	10
	VI. Das Rechtsverhältnis zwischen Untervermieter und Untermieter.	
§ 6.	a) Natur des Untermietvertrages	22
§ 7.	b) Die Pflichten des Untervermieters	24
§ 8.	c) Die Pflichten des Untermieters	29
§ 9.	d) Besitzverhältnisse	34
§ 10.	e) Das Ende der Untermiete	38
	VII. Das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter.	
§ 11.	a) Allgemeines	40
§ 12.	b) Haftung des Hauptmieters für den Untermieter	42
§ 13.	c) Das Kündigungsrecht des Hauptvermieters	44
§ 14.	d) Klage auf Unterlassung gegen den Hauptmieter	48
	VIII. Das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Untermieter.	
§ 15.	a) Die rechtlichen Beziehungen im allgemeinen	49
§ 16.	b) Obligatorische Aussprüche	50
§ 17.	c) Ansprüche aus Besitz und Eigentum	58
§ 18.	d) Pfandrechtliche Beziehungen	62
§ 19.	IX. Überblick	70

Literaturverzeichnis.

Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung.

Archiv für bürgerliches Recht.

Baudry-Lacantinerie et **Wahl**, Du contrat de louage in Traité theorique et pratique de Droit civil. Bd. 1. Paris 1898.

Beer, Das Recht der Wohnungsmiete. Leipzig 1903.

Beudant, La vente et le louage in cours de droit civil francais. Bd. 4, 2. Paris 1908.

Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts. Organ für die Veröffentlichungen der Anwaltskammer zu Berlin.

Borcherdt, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des allgem. Landrechts. Breslau 1899.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfs eines schweizer. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen v. 3. 3. 1905. Bern.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Vom 14. Brachmonat 1881. Amtl. beglaubigte Ausgabe. Bern 1882.

Carpentier, Codes et lois pour la France, l'Algère et les colonies 12me edition. Paris 1908.

Chary, Das Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Diss. Krefeld 1907.

Corpus iuris civilis, editio stereotypa decima, Digesta recognovit Th. Mommsen, Codex recognovit Paulus Krueger. Berlin, apud Weidmannos MCMV und MDCCCXCV.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Jena 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg 1897.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. Tübingen und Leipzig 1900 u. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Abt. 2. 3. Aufl. Halle 1906.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1896.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 9. Aufl. Berlin 1903, einmal 3.—5. Aufl. Berlin 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896. Handausgabe. 8. Aufl. München 1909, einmal 2. Aufl. 1898.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1896.
Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1897.
Friderici, Das neue Mietrecht. Leipzig 1900.
Fuld, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.
v. Fürstl, Die österreichischen Zivilprozeßgesetze. Wien 1899.
Fürth, Das österreichische Mietrecht und Mietverfahren. Berlin und Wien 1899.
Fuzier-Herman, Le Code civil annoté in Recueil général des lois et des arrêts et journal du Palais. Bd. 4. Paris 1898.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1906.
Grimm, Jacob u. **Wilhelm,** Deutsches Wörterbuch. Bd. 1. Leipzig 1854.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Heuberger, Die Sachmiete nach dem schweizerischen Obligationenrecht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zürich 1889.
v. Holtzendorff, Rechtslexikon. Leipzig 1880.
v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig und Berlin 1904.
Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Basel 1889.
Jahrbuch des deutschen Rechts. Herausgegeben von Neumann. 1.—7. Jahrg. Berlin 1896—1909.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. Straßburg i. Elsaß.
Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von Kuhlenbeck. Organ des Deutschen Anwaltvereins.
Kanterowicz, Die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jenaer Diss. Berlin 1900.
Klein, Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Wien 1902.
Koch, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. 6. Ausgabe. Berlin 1879.
Krainz-Pfaff, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 2. 2. Aufl. Wien 1894.
Kranzbühler, Die Aftermiete. Gießener Diss. Worms 1894.
Litthauer-Mosse, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1905.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reichs. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Niendorff, Mietrecht nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuche. 5. Aufl. Berlin 1900.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 3. Aufl. Berlin 1910.
Das österreichische Recht, ein Hilfsbuch für praktische Juristen, Beamte, Gewerbetreibende, Kaufleute, Haus- und Grundbesitzer usw. Bearbeitet und herausgegeben von Friedmann, Sandig und Wach. Wien, Berlin, Leipzig und Stuttgart 1905.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1903—1908, einmal 1. und 2. Aufl. Berlin 1902.

Prieß, Das Recht der Untermiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. Langendreer 1904.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben im Auftrage des Reichsjustizamts. Bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn.
Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel, Hannover.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Leipzig.
Reichel, Schuldmitübernahme. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs von Otto Fischer Bd. 19. München 1909.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 2: Die abgeleitete Schuld. Stuttgart 1902.
Rosin, Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Greifswalder Diss. Berlin 1901.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 7 des Bürgerlichen Rechts. Erlangen 1899.
v. Schey, Allgem. Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich. 13. Aufl. Wien 1899.
Schneider-Fick, Das schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betr. die persönliche Handlungsfähigkeit. Bd. 1. 2. Aufl. Zürich 1897.
Schneider, Das Recht der Untermiete nach gemeinem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Greifswalder Diss. Berlin 1907.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10. 12. 1907. Bern 1908.
Schubart, Die Untermiete nach Bürgerlichem Gesetzbuch und nach gemeinem Recht. Greifswalder Diss. Greifswald 1900.
Siber, Passivlegitimation der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig 1907.
Sirey, Codes annotés, 4e edit. Bd. 3. Paris 1901.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. München 1908.
v. Stubenrauch, Kommentar zum österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. Wien 1902/03.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. In der v. 1. 4. 1910 ab geltenden Fassung. 12. Aufl. Berlin 1910.
Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines. Code de procédure civile. Paris 1901.
Wieland, Das Sachenrecht des schweiz. Zivilgesetzbuchs. Im Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch von Egger, Escher, Reichel, Wieland. Zürich 1909.
Willenberg, De rerum sublocationae. In seinem „selecta iurisprudentiae civilis", exercitatio Sabbathina Gedani 1728.
Willweber, Das Recht der Untermiete nach dem gemeinen Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Diss. Berlin 1901.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Zachariä-v. Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1894.
Zivilgesetzbuch des Königreichs Italien. Übersetzt von Roncali. Wien 1885.

Abkürzungen.

C. c. = Code civil vom 30. Vent. XII. (21. 3. 1804.)
a. BGB. = Österr. allgem. Bürgerliches Gesetzbuch v. 1. 6. 1811.
ObIR. = Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881.
BGB. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896.
C. pr. c. = Code de procédure civile v. 8. 10. 1842.
CPO. = Österr. Gesetz v. 1. 8. 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozeßordnung).
ZGB. = Schweiz. Zivilgesetzbuch v. 10. 12. 1907.
ZPO. = Deutsche Zivilprozeßordnung v. 30. 1. 1877 in der v. 1. 4. 1910 ab geltenden Fassung.

Unter „ausländischen“ Rechten, Gesetzen, Kodifikationen usw. sind die französischen, österreichischen und schweizerischen Rechte usw. zu verstehen.

I. Begriff und Vorkommen der Untermiete.

§ 1.

Untermiete[1]) liegt vor, wenn der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten — Untermieter, Aftermieter[2]) — gegen Entgelt überläßt. Die Gebrauchsüberlassung an einen Untermieter unterscheidet die Untermiete von den nahe verwandten Rechtsinstituten der Miete,[3]) Pacht,[4]) Leihe,[5]) Unterpacht,[6]) Unter-

[1]) Untervermietung, sublocatio subconductio, Weitervermietung, Aftermiete, Aftervermietung, sous-location, sous-bail, Afterbestand. Willenberg § 10 S. 650: sublocationem esse contractum consensualem a conductore cum tertio super re locata . . ., ut ea vel tota vel pro parte pro mercede sibi solvenda utatur.

[2]) Achter mhd. after Präposition, bedeutet nach, hinter, nhd. in Zusammensetzungen, und zwar sinnlich genommen mit dem gleichen Sinn des räumlichen oder zeitlichen Abstandes (vgl. Grimm Bd. I S. 185). Aftermiete bedeutet also Nachmiete.

[3]) Entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer noch nicht gemieteten Sache an einen Dritten.

[4]) Entgeltliche Gebrauchsüberlassung und Gewährung des Früchtegenusses einer noch nicht gemieteten oder gepachteten Sache an einen Dritten.

[5]) Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer noch nicht gemieteten, gepachteten oder geliehenen Sache an einen Dritten.

[6]) Die Unterpacht unterscheidet sich im deutschen Recht von der Untermiete dadurch, daß das Pachtobjekt ein „Gegenstand", insbesondere also ein Recht ist, daß dem Afterpächter außer dem Gebrauch der gepachteten Sache auch die Nutzungen des Pachtobjektes (Genuß der Früchte, § 581 BGB) zu gewähren sind. Der Code civil (art. 1711) findet den Unterschied zwischen Miete und Pacht darin, daß erstere Häuser und Mobilien, die letztere ländliche Grundstücke zum Gegenstand hat, während nach dem österr. a. BGB. (§ 1091) der Bestandvertrag, wenn die in Bestand gegebene Sache nur durch „Fleiß und Mühe" benutzt wird, ein Pachtvertrag genannt wird. (Gegensatz: bloße Benutzung durch den Mieter.) Nach anderer Ansicht ist der Bezug der Erträgnisse ein essentiale der Pacht (Fürth S. 1). Ähnlich dem österreichischen Recht legt das schweizer. Obligationengesetz (Art. 296) den Hauptwert bei der Pacht auf die persönlichen Eigenschaften des Pächters und seine Geeignetheit zur Bewirtschaftung und „zum Bezuge der Früchte und Erträgnisse" des Pachtgegenstandes. Auf die Unterpacht finden die Vorschriften über Untermiete mit einzelnen Ausnahmebestimmungen entsprechende Anwendung (vgl. dazu §§ 581 ff. BGB.; §§ 1099 ff. a. BGB.; art. 1711, 1717, 1763—1778 C. c.; Art. 297 ObliR.).

leihe [7]) und Gebrauchszession.[8]) Erforderlich und charakteristisch für die Untermiete ist, daß eine gemietete Sache vermietet wird. Es muß ein Hauptvermietverhältnis über dieselbe Sache, die Gegenstand der Untermiete werden soll, bestehen, mit anderen Worten, die Untermiete setzt begrifflich eine Hauptmiete voraus. Hat der Untermieter das Untermietobjekt, das er an einen Dritten vermietet, von seinen Kontrahenten nur gepachtet oder geliehen, so liegt keine reine Untermiete vor.

Der Begriff der Untermiete ist im französischen,[9]) österreichischen,[10]) schweizerischen [11]) und deutschen [12]) Rechte der gleiche.

Wenn der deutsche und schweizerische Gesetzgeber von der Befugnis des Mieters sprechen, eine gemietete Sache weiterzuvermieten, so entspricht dieses genau dem sous-louer des Code civil und ist gleichbedeutend auch mit der im österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch ausgesprochenen Berechtigung des Bestandnehmers, das Mietstück in Afterbestand zu geben. Als besonderes, getrennt kodifiziertes Rechtsinstitut ist die Untermiete in keinem der genannten Rechte geregelt worden, vielmehr sind die für die Untermiete geltenden Vorschriften in dem

---

[7]) Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer gemieteten, gepachteten oder geliehenen Sache an einen Dritten, z. B. Gebrauchseinräumung an Dienstboten, Hausgenossen, Gäste usw. . . .

[8]) Eine eingehende Darstellung der Gebrauchszession, d. h. der Abtretung der obligatorischen Rechte des Mieters aus dem Mietvertrage gibt Crome in seinen „Partiarischen Rechtsgeschäften". Als Resultat seiner Untersuchungen ergibt sich, daß sich im § 549 BGB. Gebrauchszession und Weitervermietung nicht wie genus zu species oder etwa maius zu minus verhalten, sondern in scharfen Gegensatz zueinander treten. „Die Zession kann auf alle causae hin erfolgen, die möglicherweise einer Zession zugrunde liegen, während die sublocatio stets eine Miete bleibt und als solche den Eigentümlichkeiten des Mietrechts unterliegt" (Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 91). Die Untermiete hat zwei Mietverhältnisse zur Voraussetzung, während es bei der Gebrauchszession nur ein Mietverhältnis gibt. Die Abtretung der Miete, cession du bail, wird wie die Untermiete behandelt (art. 1717 C. c.; Art. 285, 3 ObIR.; § 549 BGB.). In der Praxis unterscheidet man Gebrauchszession und Untervermietung nicht so streng (Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 450).

[9]) Code civil des Français v. 30. Ventôse an XII (21. 3. 1804). Gilt auch in Belgien.

[10]) Allgem. BGB. v. 1. 6. 1811.

[11]) Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 14. Brachmonat 1881 (das schweizer. ZGB. v. 10. 12. 1907 regelt nur das Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht und Sachenrecht).

[12]) BGB. v. 18. 8. 1896.

Abschnitte über „Miete“ der betreffenden Kodifikationen enthalten.[13])

Dieses erklärt sich daraus, daß die Rechtsvorschriften, die für die Untermiete gelten, zum Teile mit den allgemeinen Mietbestimmungen sich decken. Nur in wenigen Punkten weicht die Untermiete von der gewöhnlichen Miete ab, und diese sind als für die Untermiete allein geltende Normen in den verschiedenen Gesetzbüchern durch besondere Vorschriften festgelegt. Während jedoch das allgem. preuß. Landrecht die fortlaufenden §§ 307 bis 323 „Von Sublokationen“ überschreibt, ist die Untermiete in den modernen Rechten weder an einer Stelle des Mietrechts im Zusammenhange behandelt, noch finden sich, ausgenommen im Art. 285 ObIR., der in der Mitte des Abs. 1 in Klammern die Worte: „Untermiete, Aftermiete“ enthält, überhaupt Paragraphenüberschriften oder Zusätze, die zu erkennen geben, daß die Untermiete an den betreffenden Gesetzesstellen geregelt ist.[14])

Aufgabe dieser Arbeit ist es, die verstreut im Code civil, österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch, schweizer. Obligationengesetz und deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Spezialvorschriften über die Untermiete, die wegen ihrer Eigenart besonders interessant sind, mit den allgemeinen für jede Miete (also auch für die Untermiete) geltenden Bestimmungen zusammenzustellen und die einzelnen Rechte dabei miteinander zu vergleichen.

Die Untermiete ist schon im römischen Recht ein Institut von außerordentlicher Bedeutung gewesen.[15]) Die Untermiete ist eine Abart der Gebrauchsleihe, von welcher feststeht, daß sie schon in der ältesten römischen Zeit, vielleicht sogar vor dem Darlehn im römischen Wirtschaftsleben vorgekommen ist.[16])

„Im letzten Jahrhundert vor Christi, in der Zeit des Niederganges der Republik, setzte in Rom eine ungesunde Entwicklung des Wohnungswesens ein, da mit dem allgemeinen Luxus der Gebäudeluxus einzog. Infolgedessen stieg bei der Zunahme der

---

[13]) Das russische Recht erwähnt im Bd. 10 der Reichsgesetze „Bürgerliche Gesetze“ von 1832 bezw. 1900 die Untermiete unter den Mietvorschriften nicht (vgl. v. Veh, Überblick über das russische Privatrecht, bei v. Holtzendorff-Kohler Bd. 1 S. 879).

[14]) § 516 des 1. Entw. z. BGB. sowie die Mot. Bd. 2 S. 396 verwenden die Bezeichnung „Untermiete“.

[15]) l. 60 pr. D. loc. cond. 19, 2; l. 11 § 5 D. XIII, 7; l. 6 C. 4, 65.

[16]) Klein S. 2 Anm. 2: „Möglicherweise ist die Gruppe der Gebrauchsleihe sogar die historisch ältere, und der Kredit, das Darlehen, eine spätere Abspaltung davon. Das Wort usurae für die Darlehnszinsen wird bisweilen als ein Zeichen dafür genommen: Entschädigung, Entgelt für den usus“.

aufgeführten Paläste und angelegten Lustgärten und Parks der Wert des Baugrundes, und die ärmere Bevölkerung wurde in Mietskasernen hineingezwängt. Diese insulae verwalteten teils Sklaven für die Kapitalisten, teils wurden sie gegen einen Gesamtzins als Ganzes vermietet. Dieses ist der Anfang der Aftervermietung, die beim Steigen der Mietzinse gewaltig zunahm, da jeder Mieter die Mietspekulation im kleinen fortsetzte, um den schweren Druck der teuren Mieten tragen zu können. Der eigentliche Mieter (detentor), der die Wohnung (coenaculum) hauptsächlich benutzen wollte, bekam so dieselbe erst aus zweiter oder dritter Hand.“ [17])

Auch heute ist die Untermiete ein im Verkehrsleben aller Länder nicht selten vorkommendes Rechtsinstitut, während im mittelalterlichen Deutschland die Weitervermietung nur geringen Umfang annahm.[18]) Besonders in den modernen Großstädten tritt die Untervermietung in der Form von Pensionaten, Chambres garnies, Schlafburschenstellen, möblierten und unmöblierten Zimmern (Einzelzimmer, Garçonwohnungen) recht häufig auf, während die Untermiete von beweglichen Sachen seltener vorkommt.[19]) Wenn oft bei Wohnungen neben der Gebrauchsüberlassung dem Untermieter noch Kost (Pension), Bedienung, Wäsche, Licht oder Heizung gewährt wird,[20]) so liegt kein reiner Untermietvertrag vor, sondern ein gemischter Vertrag, indem neben den Untermietvertrag noch Verträge treten, die die oben genannten persönlichen Dienste des Untervermieters zum Inhalt haben.

II. Gegenstand des Untermietvertrages.

§ 2.

Wie sich schon aus der Begriffsbestimmung der Untervermietung ergibt, ist Gegenstand des Vertrages bei der Untermiete eine „gemietete Sache“ [1]) (Res locata conducta). Andere

---

[17]) Zusammengedrängte Inhaltsangabe der aus Friedländer, Sittengeschichte Roms, und Poehlmann, Die Übervölkerung der antiken Großstädte, entnommenen Darstellung Kranzbühlers S. 6.

[18]) vgl. Schubart S. 61.

[19]) So erwähnt Schubart S. 61, daß der Betrieb einer Mietbücherei nicht eine Untervermietung ist, da der Leihbibliothekar Pächter des Bücherlagers sei.

[20]) vgl. Fürth S. 250.

[1]) Mietsache, Mietstück, Bestandsache, Bestandstück, Mietobjekt, la chose louée.

Sachen als Mietsachen können niemals in Untermiete gegeben werden.

Würden Sachen, an denen ein obligatorisches Gebrauchsrecht des Vermieters noch nicht bestand, einem Dritten zum Gebrauche überlassen werden, so würde nur ein gewöhnlicher Mietvertrag abgeschlossen worden sein. Bei der gewöhnlichen Miete ist die stattgehabte Vermietung nicht Voraussetzung des Mietvertrages, vielmehr kann auch eine Sache, an der ein obligatorisches Gebrauchsrecht nicht besteht, vermietet werden. Letzteres ist bei der Miete sogar die Regel. Ebenso verlangt man vom Pachtobjekte bei der gewöhnlichen Pacht (anders bei der Unterpacht) nicht, daß dasselbe schon vorher verpachtet worden ist, ehe es Gegenstand der Pacht werden konnte.

Gegenstand der Untermiete sind diejenigen Sachen, die Gegenstand der Hauptmiete waren, bewegliche und unbewegliche,[2]) eigene und fremde,[3]) unverbrauchbare und verbrauchbare; letztere jedoch nur insoweit, als sie lediglich zum Gebrauch und nicht zum Verbrauch vermietet werden,[4]) also keine verbrauchbaren Sachen, quarum usus in abusu consistet. Daß verbrauchbare Sachen, wenn sie durch den Gebrauch nicht erheblich abgenützt oder gar aufgebraucht werden, Gegenstand der Untermiete sein können, muß auch für das österreichische Recht gefolgert werden trotz der positiven Bestimmung des § 1190 a. BGB., daß die Bestandsache eine unverbrauchbare sein muß.[5])

Während jedoch nach dem deutschen und schweizerischen Rechte nur körperliche[6]) Gegenstände vermietet (also auch weitervermietet) werden können, gestatten Code civil und das österr. Gesetzbuch auch das Vermieten und Weitervermieten von un-

---

[2]) art. 1713 C. c.; § 1093 a. BGB.; Heuberger S. 27; Rosin S. 34/35.

[3]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 51; § 1093 a. BGB.; Fischer-Henle § 535 Anm. 2.

[4]) Mittelstein (S. 9) führt als Beispiel an die Miete eines Fruchtkorbes lediglich als Schaustück für die Tafel. Baudry-Lacantinerie erwähnen als Beispiel für choses consomptibles, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch nicht im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht: un négociant loue des denrées à un autre négociant qui essaiera à leur aide de composer son étalage et les restituera; un particulier ou un banquier loue des pièces de monnaie à un changeur qui les mettra dans son étalage et les restituera avec un interêt (ce qui distinguera le contrat du prêt à usage) et en nature (ce qui le distinguera du prêt à interêt). Für die Schweiz Heuberger S. 26.

[5]) vgl. auch Krainz Bd. 2 S. 210.

[6]) Sachen im Sinne des § 90 BGB. sind nur körperliche Gegenstände; für die Schweiz Heuberger S. 26 und Wieland S. 3 Mitte ebenso.

körperlichen[7]) Gegenständen, z. B. Rechten.[8]) Die Untermiete umfaßt jedoch, römisch gemeinrechtlich gesprochen, nur die sublocatio subconductio rei.[9])

Die gemieteten Sachen können teilweise[10]) oder ganz, zeitweilig[11]) oder für die ganze Mietzeit dem Untermieter vom Hauptmieter zum Gebrauche überlassen werden.

III. Personen bei der Untervermietung.

§ 3.

Während bei einem gewöhnlichen Mietvertrag nur zwei Personen als Kontrahenten auftreten, auf der einen Seite der Vermieter, auf der anderen der Mieter (jede Partei kann natürlich in sich aus mehreren Personen bestehen, z. B. ein Ehepaar als Mieter), so setzt die Untermiete stets ein Tätigsein von drei Personen voraus, nämlich[1]) des Hauptvermieters,[2]) des Hauptmieters,[3]) des Untermieters, deren vertragliche und außervertragliche Beziehungen in späteren Abschnitten der Arbeit erörtert werden sollen. Und zwar ist der Hauptmieter in doppelter Weise beteiligt, als Mieter im Hauptmietverhältnis und als Vermieter im Untermietvertrage.

---

[7]) Meubles incorporels Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 2, 50, 455; Förtsch S. 280; Fürth S. 33.

[8]) L'exploitation d'un journal (Zeitungsbetrieb), le nom commercial (Handelsfirma), le brevet d'invention (Erfindungspatent). Handelsgewerbe. Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 455; Fürth S. 2; Krainz (S. 210) faßt die Aftermiete für Österreich als Miete des Mietrechts auf.

[9]) Eine sublocatio operarum oder operis ist im gemeinen Recht zulässig gewesen. Diese Ansicht der älteren Pandektisten wurde jedoch schon im 19. Jahrhundert aufgegeben (vgl. Kranzbühler S. 34).

[10]) Beispiel: Vermieten der Mietwohnung zimmerweise.

[11]) Beispiel: Vermieten der Mietwohnung während der Badesaison.

[1]) Andere Bezeichnungen für den Hauptvermieter sind: locator, Vermieter, erster Vermieter, Erstvermieter, Obervermieter, Urvermieter, bailleur, bailleur primitif, Bestandgeber, Hauptbestandgeber.

[2]) Andere Bezeichnungen für den Hauptmieter sind: Mieter, erster Mieter, conductor, medius, preneur, premier preneur, preneur primitif, locataire principal, Mietsmann, Bestandnehmer, Bestandinhaber, Aftervermieter, Untervermieter, zweiter Vermieter, sous-bailleur, Afterbestandgeber, sublocator.

[3]) Andere Bezeichnungen für den Untermieter sind: subconductor, Aftermieter, zweiter Mieter, Aftermietsmann, sous-locataire, sous-preneur, nouveau preneur, Afterbestandnehmer.

Bei der gewöhnlichen Miete werden meistens Sachen vermietet, die im Eigentum des Mieters stehen, selten fremde;[4]) bei der Untermiete ergibt sich die Eigentümlichkeit, daß die zu vermietenden Sachen selten im Eigentum des Untervermieters stehen, daß diesem aber stets ein obligatorisches Gebrauchsrecht an ihnen zusteht. Es ist jedoch auch der Fall praktisch denkbar, daß der Untervermieter Eigentümer der Mietsachen ist: Der Hauptvermieter ist z. B. Nießbraucher eines dem Untervermieter gehörenden Hauses und hat die Ausübung seines Nießbrauches (auch das ist nach § 1056 BGB. Sachvermietung) dem Untervermieter mietweise überlassen. Ähnlich würde der Fall liegen, wenn der Hauptvermieter kraft Testaments oder Vertrages ein obligatorisches Gebrauchsrecht an einer Sache erhalten hat und diese dem Eigentümer sodann vermietet. In diesen Fällen hat der Mieter (zugleich Untervermieter) sowohl Eigentum als auch ein obligatorisches Gebrauchsrecht an der Sache. Den Fall, daß der Eigentümer in die Lage kommen kann, seine eigene Sache in Bestand zu nehmen, erwähnt das österr. Gesetzbuch besonders im § 1093 Satz 2.

Nach österreichischem Recht muß nicht nur jedem Untervermieter, sondern jedem Vermieter überhaupt ein Gebrauchsrecht an der Sache, deren Gebrauch er überlassen will, zustehen.[5]) Nach deutschem Rechte kann Vermieter nicht nur der Gebrauchsberechtigte sein, sondern jeder, der sich zur Gebrauchsüberlassung einer Sache verpflichten will und dem der Mieter das Vertrauen schenkt, daß er ihm den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit gewähren werde,[6]) kann Miet- und Untermietverträge abschließen. Es kann daher z. B. ein Zimmervermieter, der einen Raum seiner Wohnung, aus der er ausziehen will, einem Untermieter überlassen hatte, mit demselben einen Mietvertrag (nicht Untermietvertrag, dieser verlangt begrifflich das Bestehen einer Hauptmiete am Mietobjekt) eingehen, daß dem Untermieter auch in der neuen vom Untervermieter erst zu mietenden und zu beziehenden Wohnung eine Stube überlassen werden soll. Diese eben entwickelte Auffassung, daß zwar der Untervermieter, aber nicht der Hauptvermieter

---

[4]) Scherer (S. 684) stellt für das Deutsche Reich die Behauptung auf, daß nur der Eigentümer seine Sache vermieten könne, doch steht er mit dieser Ansicht allein da; vgl. Mittelstein S. 43 Anm. 2; Matthiaß S. 300 Anm. 1; Zachariä-Crome Bd. 2 S. 561 Anm. 9; Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 51 für Frankreich; Fürth S. 22 für Österreich; Heuberger S. 27 für die Schweiz.

[5]) Fürth S. 7.

[6]) Prieß S. 9.

der Gebrauchsberechtigte an der Mietsache sein muß, gilt auch im französischen Recht[7]) und ist m. E. gegen Fürth[8]) für das österreichische Recht ebenfalls aufrechtzuerhalten.

IV. Vertragliche Regelung.

§ 4.

Die meisten gesetzlichen Vorschriften über Untermiete sind dispositiver Natur, Parteiwille geht über Gesetzeswillen. Insbesondere ist die Regelung der für das Recht der Untermiete bedeutsamen Frage, ob der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters die Mietsache weitervermieten kann, ganz der Vereinbarung der Vertragsparteien überlassen. Was schon das römische Recht in der l. 6 C. de locato 4, 65 durch den Zusatz „nisi aliud convenit" ausgedrückt hat, hat der Code civil in der Bestimmung art. 1717: „le droit de sous-louer peut être interdit pour le tout ou partie; cette clause est toujours de rigueur", das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch durch die Worte „wenn es im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist" übernommen.[1]) Derartige Zusätze finden sich im deutschen und schweizerischen Rechte nicht, doch sind die Untermietevorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und Obligationenrechtes ergänzende Vorschriften, ohne daß dieses in den Gesetzen besonders gesagt ist.

Vertragliche Bestimmungen und Abreden, die die gesetzlichen Vorschriften abändern, läßt das vielgestaltige moderne Verkehrsleben mannigfaltigster Art tagtäglich entstehen. Durch Vereinbarung unter den Parteien kann bestimmt werden, daß dem Hauptvermieter ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an den eingebrachten Sachen des Aftermieters zustehen soll, ferner sind Vertragsabreden denkbar, die die Kündigung des Haupt- und Untermietverhältnisses durch den Hauptvermieter in besonderen Fällen rechtfertigen sollen. Bestimmungen, wonach der Untermieter der Verpflichtung des Hauptmieters zur Zahlung des Hauptmietzinses ausdrücklich beitritt, oder den

---

[7]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 52.
[8]) S. 7.
[1]) Was letztere Klauseln betrifft (§ 1098), so wird natürlich nicht nur im Vertrage, sondern auch nach Abschluß des Vertrages der gemeinsame Wille der Parteien bindend, sei es als nachträgliche Vertragsabrede, sei es als bloße Vereinbarung, festgelegt werden können; and. A. für Österreich Fürth S. 246.

Untermietzins im Falle, daß der Hauptmieter ihn nicht entrichtet hat, stets an den Hauptvermieter und nicht an seinen Kontrahenten zahlen soll, oder die Abrede, daß der Hauptvermieter bei bestehender Hauptmiete oder für den Fall, daß die Untermiete das Hauptmietverhältnis überdauert, dem Untermietvertrage beitritt — hierdurch würde ein der Zession der Mietrechte ähnliches Verhältnis geschaffen werden — und zahllose andere mehr.[2]) Der Unterschied der Gebrauchszession von dem zuletzt hier erwähnten Falle des Beitritts besteht darin, daß hier außer dem Hauptmietverhältnis ein neues Mietverhältnis (zwischen Untermieter und Untervermieter einerseits und Hauptvermieter andererseits) entsteht, während bei der Gebrauchszession das alte zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter bestehende Verhältnis auf den Untermieter ausgedehnt wird. Tritt der Hauptvermieter dem Untermietvertrage bei, so hat er nach Beendigung der Hauptmiete als Kontrahent des Untermieters an Stelle des Untervermieters dessen Rechte und Pflichten zu übernehmen.[3])

Die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen unterstehen den allgemeinen Vorschriften über Verträge und im besonderen über Mietverträge. Danach ist beispielsweise nach schweizerischem Recht, das mündliche Grundstücksmiete kennt, die Untersagung der Weitervermietung eines Grundstückes nur in einem schriftlichen Vertrage zulässig, da Art. 275 Abs. 2 vorschreibt, daß Verabredungen über die Miete einer unbeweglichen Sache, soweit sie vom Gesetze abweichen und nicht ausdrücklich darin vorbehalten sind, der schriftlichen Form bedürfen. Ebenfalls bedarf die Vereinbarung, daß Untermiete nur mit schriftlicher Zustimmung des Hauptvermieters gestattet sein soll, der schriftlichen Form, weil darin eine vom Gesetz nicht vorbehaltene Abweichung von Art. 265 ObIR. liegt.[4])

Wie schon vorher an der Hand des § 1098 und art. 1717 ausgeführt worden ist, können, da die Parteien durch Vereinbarung ihre vertraglichen Rechte und Pflichten in bewußter Abänderung der gesetzlichen Normativbestimmungen beliebig beschränken und erweitern können, sowohl im deutschen und österreichischen, wie französischen und schweizerischen Rechte Vermieter und Mieter die Zulässigkeit der Weitervermietung nach ihrem Belieben regeln. So darf, entgegen den gesetzlichen

---

[2]) vgl. die bei Neumann, Jahrb. d. deutschen R. Bd. 5 § 549 Anm. 3, zit. Entsch. d. OLG. Dresden Bd. 27 S. 428.

[3]) vgl. Fuld S. 3; Borcherdt S. 97; Mittelstein S. 203. Im preuß. ALR. ist das Institut des „Beitritts" besonders geregelt worden (Tit. 21 Teil I § 322).

[4]) Schneider-Fick Art. 275 Anm. 4, Art. 285 Anm. 10.

Bestimmungen, der deutsche Vermieter in weitestem Umfange seinem Mieter die Aufnahme von Untermietern gestatten und der französische Vermieter anderseits die Untervermietung von der Erteilung seiner Genehmigung abhängig machen.

Mangels vertraglicher Abmachungen sind die von den Gesetzen gegebenen Vorschriften zur Anwendung zu bringen. Auf diese gesetzliche Regelung der Untermiete soll in folgenden Abschnitten allein eingegangen werden.

V. Befugnis zum Weitervermieten.

§ 5.

Die Frage, ob der Vermieter berechtigt ist, die gemietete Sache weiterzuvermieten, oder ob er in dieser Befugnis durch die Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise beschränkt ist, ist von den einzelnen Völkern entsprechend ihrem Rechtsbewußtsein und ihrer Verkehrsauffassung verschieden beantwortet worden. Die gesetzlichen Bestimmungen lauten:

Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette falculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigueur (art. 1717 C. c.).[1])

Mieter und Pächter sind berechtigt, das Miet- und Pachtstück dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benutzen, oder auch in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann oder im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist (§ 1098 a. BGB.).

Der Mieter ist berechtigt, die gemietete Sache ganz oder teilweise weiterzuvermieten (Untermiete, Aftermiete), vorausgesetzt, daß dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt wird (Art. 285 Abs. 1 ObIR.).[2])

Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiterzuvermieten (§ 549 Satz 1 BGB.).

---

[1]) Ähnlich das ZGB. für das Königreich Italien (vgl. Art. 1573).

[2]) Diese grundsätzliche Zulassung der Untermiete ohne Zustimmung des Vermieters ist von der Kommission des Nationalrats durch Stichentscheid des Präsiden ausgesprochen worden. Schneider-Fick Anm. 1 zu § 285. Dagegen bestimmt Art. 306 ObIR.: „Der Pächter darf den Pachtgegenstand ohne Zustimmung des Verpächters nicht weiterverpachten".

Das französische, österreichische und schweizerische Recht gestatten jedem Mieter, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Untermieter zu überlassen (Grundsatz der freien Untervermietung, Sublokationsfreiheit). Sie stehen auf dem Standpunkt, daß der Mietvertrag (also auch der Untermietvertrag) eine reine Obligation ohne jede dingliche Wirkung[3]) ist, und es steht danach natürlich dem Mieter stets frei, genau so wie er sich durch andere Verträge verpflichten kann, auch durch einen Untermietvertrag Rechte und Pflichten für sich zu begründen. Dabei[4]) sind die genannten Rechte nicht so weit gegangen, die Gebrauchsüberlassung der gemieteten Sache durch den Vermieter an den Mieter für eine Übertragung eines höchstpersönlichen Rechtes zu erklären, das niemand außer dem Mieter ausüben dürfte.

Durch die Aufnahme des Grundsatzes der Sublokationsfreiheit haben sie den im römischen Recht geltenden Grundsatz der prinzipiellen Untervermietung aufrechterhalten. Im Corpus iuris civilis Justinians ist dieser Grundsatz in der l. 6 C. de locato 4, 65 (Imp. Alexander d'Victorino) enthalten:

> „Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam, alii locare si nihil aliud convenit",

und auch das gemeine[5]) Recht ist hiervon nicht abgewichen.

In scheinbar schärfstem Gegensatz zum römischen Rechte, dessen Anschauungen in die modernen Kodifikationen übergegangen sind, hat das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, sich eng an das preuß. Landrecht anschließend, in § 549 den Grundsatz der Untermieteunzulässigkeit aufgenommen. Das preuß. allgem. Landrecht,[6]) welches im § 309 I, 21 bestimmte:

> „Der Mieter einer Sache ist nicht befugt, den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem andern ohne Einwilligung des Vermieters zu überlassen",

vertritt die Ansicht, daß die mietweise Gebrauchsüberlassung eine Sache des persönlichen Vertrauens sei.[7]) Dieser Auffassung des Mietverhältnisses als Vertrauensverhältnis zwischen Ver-

---

[3]) Anders, wenn das Mietrecht in öffentliche Bücher eingetragen wird. Ein dingliches Mietrecht hat der Mieter nach preuß. ALR.

[4]) vgl. Fürth S. 246.

[5]) Kranzbühler S. 20.

[6]) In den Partikularrechten ist das römisch-rechtliche Prinzip schon früh durchbrochen worden, z. B. verbieten Statuten der Stadt Gotha vom 17. 7. 1759 die Untermiete; vgl. Schubart S. 11 Anm. 10.

[7]) vgl. Koch Bd. 2 S. 894 Anm. 6.

mieter und Mieter ist auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Zwar bestimmte der 1. Entwurf noch im § 516:

> „Sofern nicht ein anderes vereinbart ist, steht dem Mieter das Recht zu, einem anderen den Gebrauch der gemieteten Sache zu überlassen, insbesondere auch durch weiteres Vermieten (Untermiete)".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch aus rechtlichen praktischen Gründen die Bestimmung des allgem. preuß. Landrechts übernommen und nicht die im 1. Entwurf aufgestellte römisch-rechtliche Sublokationsfreiheit beibehalten. Die Denkschrift[8]) begründet die Aufnahme des Untermietverbots folgendermaßen: „Das Mietverhältnis beruht auf dem gegenseitigen persönlichen Vertrauen der Parteien. Die Art, wie von der Sache Gebrauch gemacht wird, kann auch innerhalb der vertragsmäßigen Grenzen des Gebrauchsrechts je nach der in Frage kommenden Persönlichkeit so verschieden sein, daß der Vermieter ein erhebliches Interesse daran hat, nicht die Überlassung des Gebrauchs an einen anderen gegen seinen Willen dulden zu müssen".

Ganz anderer Auffassung bezüglich der Wichtigkeit der Person des Untermieters für den Hauptvermieter sind die ausländischen Rechte. Baudry-Lacantinerie et Wahl[9]) äußern sich hierüber also: „Le bailleur n'a pas consideré dans le preneur ses qualités personnelles, sa profession, son âge, le rang qui lui appartient dans la société, en principe, il a voulu seulement avoir un locataire solvable et la cession ou sous-location ne fait qu' augmenter cette solvabitité puisque le bailleur jouit á son débiteur primitif un débiteur nouveau". Was letztere Behauptung betrifft, so ist dieselbe nur für das französische Recht von Bedeutung, da das schweizerische und österreichische Recht eine direkte Mietzinsklage des Hauptvermieters gegen den Untermieter, ähnlich art. 1753 C. c. nicht kennen.

In der Schweiz, wo für die Miete der Grundsatz der Sublokationsfreiheit gilt, gilt für die Pacht das Prinzip der Untermieteunzulässigkeit, weil „bei der Pacht die persönlichen Eigenschaften der Pächters weit mehr ein Element des Vertrages bilden, als es einem bloßen Mieter gegenüber der Fall ist, bei welchem die Tüchtigkeit der Person, ihre wirtschaftliche Befähigung, ihre ökonomische Kraft ein untergeordnetes Moment bilden".[10]) Es

---

[8]) S. 105.
[9]) S. 453.
[10]) So die Kommission des Nationalrates; vgl. Schneider-Fick zu Art. 296 Anm. 1; Kranzbühler S. 109.

ergibt sich hieraus, daß ein Gegensatz zur deutschen Verkehrsauffassung auch im schweizerischen Recht keine so enge Verknüpfung der Personen des Vermieters und Mieters, kein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen beiden anzunehmen ist.

So unvereinbar die beiden von den einzelnen Rechten aufgestellten Prinzipien der Sublokationsfreiheit und Untermieteunzulässigkeit auf den ersten Blick hin erscheinen, in der Praxis des Rechtslebens kommen sich das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und die im römischen Rechte fußenden modernen Rechte in ihrem wirtschaftlichen Erfolge recht nahe. Denn ebenso wie das deutsche Recht eine absolute Unzulässigkeit der Weitervermietung nicht streng durchgeführt hat, so ist auch in den ausländischen Kodifikationen die prinzipielle Sublokationsfreiheit mehr oder weniger beschränkt worden.[11])

Das österreichische und schweizerische Recht knüpfen die grundsätzliche Zulassung der Untermiete an die Voraussetzung, daß dem Hauptvermieter kein Nachteil durch die Weitervermietung entstehen darf. Ob eine Weitervermietung im speziellen Falle für den Vermieter eine nachteilige Veränderung bewirkt oder nicht, ist Sache der richterlichen Entscheidung. „Eine solche nachteilige Benutzung wäre z. B. zu erblicken in der Aftermiete an einen Schlosser, weil durch das Geräusch andere Mieter sich zur Kündigung veranlaßt sehen könnten, oder in der Aftervermietung an eine wegen unsittlichen Lebenswandels verrufene Person, wodurch der Ruf des Hauses verschlechtert wird.“ [12]) Näher soll diese Frage bei Erörterung des Kündigungsrechtes des deutschen Mieters besprochen werden, dem sein Vermieter die Weitervermietung ohne wichtigen Grund verbietet. Ist für den Vermieter durch die Untervermietung eine nachteilige Veränderung entstanden, so braucht nach österreichischem und schweizerischem Rechte der Vermieter den Untermieter nicht zu dulden. Welche Mittel dabei dem Hauptvermieter zu Gebote stehen, soll in dem Abschnitt, der das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Mieter behandelt, erörtert werden.

---

[11]) Kranzbühler S. 21: „Eine allgemeine gesetzliche Beschränkung des Sublokationsrechtes ist vor allem die, daß der Aftervermieter höchstens des Gebrauch überlassen kann, der ihm selbst nach Maßgabe des ersten Mietvertrages zusteht. Denn nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“. Das Reitpferd darf nicht zum Fahren benutzt werden und umgekehrt (vgl. auch Schubart S. 11), auch muß der Aftervermieter bei der Auswahl des Untermieters darauf sehen, daß dieser aeque idoneus sit ac primus (Willenberg S. 649 § 6), das ergibt sich aus der Natur des Mietvertrages als bonae fidei negotium.

[12]) Fürth S. 246.

In Österreich kann auch durch Hofdekrete[13]) die Weitervermietung von Wohnungen, in denen der Mieter nicht selbst wohnt, untersagt werden. Daß ferner „eine Beschränkung der Aftervermietungen aus sanitären und hygienischen Gründen, z. B. bei gesundheitsschädlicher Überfüllung von Wohnungen“ infolge zu vieler Schlafstellen, durch Polizeibehörden zulässig ist, gilt nicht nur für Österreich, sondern für sämtliche Staaten, die eine Wohlfahrtspolizei unterhalten.

Der Code civil hat den Grundsatz der Sublokationsfreiheit genau in der Weise aufrechterhalten, wie er im römischen Rechte galt. Art. 1763 beschränkt jedoch bei der Teilpacht die freie Weiterverpachtung der Sache:

> Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur ne peut ni sous — louer ni céder si la faculté ne lui en a été expressément accordé par le bail,

d. h. die Afterverpachtung ist ähnlich wie im deutschen Recht bei der Untermiete und Unterpacht an die besondere Erlaubnis des Verpächters geknüpft.

Im deutschen Recht ist das Prinzip der Aftermieteunzulässigkeit auch nicht streng durchgeführt worden. Die Zulässigkeit der Untermiete ist nach § 549 an die Erteilung der Erlaubnis durch den Vermieter geknüpft. Die Erlaubnis, die kein wesentlicher Bestandteil des Hauptmietvertrages, sondern ein accidens[14]) ist, konstruiert rechtlich Endemann[15]) als Verzicht auf das Verbietungsrecht (in früheren Auflagen als „Einwilligung“), Eltzbacher[16]) als Vertrag, Neumann[17]) als Rechtsgeschäft „anderer Art“ gemäß § 143 Abs. 4 BGB., während Planck, Oertmann, Matthiaß und Mittelstein in ihr eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung sehen.[18]) Die Erlaubnis kann vom Vermieter ganz nach seinem Belieben erteilt oder verweigert werden. Einen Grund braucht der Vermieter nicht anzuführen, weder wenn er die Untermiete gestattet, noch wenn

---

[13]) vgl. Fürth S. 248, z. B. das Hofdekret v. 4. 3. 1796, 28. 4. 1811. Ursache des Verbots war, daß Mieter Häuser aufgekauft und in Untermiete gegeben hatten, so daß die Wohnungspreise dadurch in die Höhe getrieben wurden. Dieser Agiotage mußte durch dies Hofdekret ein Ziel gesetzt werden.

[14]) Mittelstein S. 251.

[15]) Endemann 9. Aufl. Bd. 1 S. 1056 Anm. 18, 3.—5. Aufl. Bd. 1 S. 758 Anm. 5.

[16]) Eltzbacher Bd. 1 S. 170.

[17]) Neumann Bd. 7 § 549, 1a.

[18]) Planck § 549 Anm. 3; Oertmann § 549 Erl. 3d; Matthiaß S. 305; Mittelstein S. 250.

er sie versagt.[19]) Die Erlaubnis kann für den einzelnen Fall spezialisiert, für einzelne Kategorien von Untermietern,[20]) oder ganz allgemein für sämtliche Untervermietungen, schriftlich oder mündlich,[21]) ausdrücklich oder stillschweigend[22]) vom Vermieter erteilt werden, sie kann sogar Bestandteil des Hauptmietvertrages sein.[23]) Der deutsche Gesetzgeber gewährt jedoch im § 549 dem Mieter ein Kündigungsrecht, falls der Vermieter die Erteilung der Erlaubnis grundlos verweigert. Lag in der Person des Untermieters kein wichtiger Grund für den Vermieter, die Untermiete zu untersagen, so soll der Mieter berechtigt sein, das Hauptmietverhältnis zu kündigen.[24]) Der Mieter kann demnach die Gestattung der Untermiete nicht erzwingen, er kann jedoch sein Mietverhältnis kündigen, falls ihm die Erlaubnis, die Sache weiterzuvermieten, nicht erteilt wird, vorausgesetzt, daß in der Person des Untermieters kein zur Untermietversagung berechtigender Grund liegt, d. h. mehr oder weniger die Erlaubnis aus Schikane verweigert wird. Das Recht aus § 549 ist somit ein „indirektes Schutzmittel des Mieters gegen schikanöse Verweigerung der Erlaubnis".[25])

Welche Gründe wichtig genug sind, damit der Vermieter, ohne einer Kündigung des Mieters ausgesetzt zu sein, die Erlaubnis zur Untervermietung verweigern kann, sagt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht.[26]) Es muß vielmehr der richterlichen Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben, festzustellen, ob in der Person des Mieters ein wichtiger Grund zur Weigerung vorliegt.[27]) Dieselben Gründe, die den deutschen Vermieter berechtigen die Untermiete zu versagen, werden ihm nach österreichischem und schweizerischem Rechte zu Gebote stehen, wenn

---

[19]) So Oertmann § 549 Erl. 4; Mittelstein S. 253, 254; and. A. Niendorff S. 189; Fuld S. 107.

[20]) Oertmann § 549 Erl. 3.

[21]) Auch mittels Fernsprecher.

[22]) Durch Vermieten einer auffällig großen Wohnung an den Inhaber eines Pensionates (Oertmann § 549 Erl. 3); vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 37 Nr. 95 S. 355 Mitte: „Es ist nicht zweifelhaft, daß derjenige, der ein Hotel als solches mietet, ... nach der Beschaffenheit der vermieteten ... Sache und dem Willen der Vertragsschließenden befugt ist, Räume derselben andern gegen Entgelt zu überlassen". Selbst bei Untermietverbot genügt es, wenn die Erlaubnis nachträglich mündlich erteilt wird; vgl. Oertmann § 549 Erl. 3.

[23]) Endemann § 169 Anm. 19 S. 1056.

[24]) Dieses Kündigungsrecht steht dem Pächter, der das Pachtobjekt weiterverpachten will, nicht zu (§ 596 BGB.).

[25]) Matthiaß S. 305 c.

[26]) Das preuß. ALR. hat im § 311 I, 21 gesetzliche Verweigerungsgründe aufgestellt.

[27]) So Denkschr. S. 105/06.

er die Untermiete verbieten will, da durch diese eine nachteilige Veränderung für ihn entstehen könnte. Es ist zu prüfen, ob es billigerweise mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Dritten dem Vermieter zugemutet werden kann, den Mietgegenstand dem Dritten zu überlassen.[28]) Einen triftigen, nach den Umständen des Falles die Verweigerung der Erlaubnis rechtfertigenden Grund[29]) können sowohl Eigenschaften des Untermieters bilden, als auch in der Tätigkeit, zuweilen auch in Vermögensverhältnissen des Vermieters liegen. Als wichtig wird ein Grund zu bezeichnen sein, wenn eine Schädigung der Interessen des Vermieters durch den Untermieter zu erwarten ist. Was in einem Falle einen Weigerungsgrund bildet, kann im anderen Falle kein solcher sein. Darüber entscheidet allein das freie richterliche Ermessen, wobei auf die Sitten, Gebräuche und Gewohnheiten des Volkes in den verschiedenen Ländern Rücksicht zu nehmen sein wird. So ist der Umstand, daß der Untermieter eine sehr zahlreiche Familie besitzt, für den einzelnen Fall verschieden zu beurteilen.[30]) Stets wird die Untermiete versagt werden dürfen, „wenn der Aftermieter unter polizeilicher Aufsicht oder sittenpolizeilicher Kontrolle steht, wenn er als eine zu Händeln geneigte, rauflustige Person bekannt ist,[31]) wenn er tobsüchtig oder mit einer ansteckenden Krankheit behaftet ist, ein bekannter kaum entlassener Zuchthäusler".[32]) Besonders das Gewerbe, der Beruf oder die sonstige Tätigkeit des Untermieters werden häufig seine Nichtaufnahme als Untermieter rechtfertigen, man denke z. B. an Leute, die bei Ausübung ihres Handwerks, ihrer Kunst (Musikvirtuosen) durch Geräusch die Miteinwohner stören,[33]) oder an „die Vermietung einer Wohnung an ein altes kinderloses Ehepaar im Gegensatze zu einem Knabenpensionate, an die eines Pferdes an einen geübten Reiter oder an einen Stümper",[34]) oder daß eine Schule, Pulverfabrik, Restaurant, Anarchistenquartier oder Entbindungsanstalt[35]) in ein herrschaftliches Mietshaus aufgenommen werden.

---

[28]) vgl. die Entsch. d. OLG. Colmar v. 10. 11. 1905 der Jur. Zeitschr. f. d. Reichsland Els.-Lothr. Bd. 1906 S. 365 ff.

[29]) Prot. Bd. 2 S. 985.

[30]) Willenberg (§ 6 S. 649) entscheidet für das gemeine Recht: in subconductori requiritur, ut aeque idoneus sit ac primus non potentior, non homo rixosus, multis liberis gravatus etc. . . . ex quo locatori incommodum oboriri potest.

[31]) Fuld S. 107.

[32]) Oertmann § 195 Erl. 4 b.

[33]) Willenberg S. 649 § 6: non homo cum strepitu artem exercens qui vicino litterato in studiis suis impedimento esset.

[34]) Endemann S. 1056 Anm. 16.

[35]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 190 ff.

Bestritten ist in der Literatur, ob ungünstige Vermögensverhältnisse in der Person des Untermieters stichhaltige Versagungsgründe abgeben. Fuld[36]) führt als Begründung seiner Ansicht, daß dieselben den Vermieter zur Verweigerung der Erlaubnis berechtigen, an, „daß der Vermieter befürchten muß, wegen Zahlung des Mietzinses Schwierigkeiten mit dem Dritten zu bekommen". Diese Ansicht ist deshalb zurückzuweisen, weil der Untermieter mit dem Hauptvermieter in keinem Vertragsverhältnis steht und keinen Mietzins von ihm zu beanspruchen hat, durch ökonomische Insolvenz des Untermieters daher nicht geschädigt wird.[37]) Für das französische Recht dürfte die Fuldsche Auffassung zutreffend sein, da dasselbe eine direkte Klage des Hauptvermieters gegen den Untermieter auf Mietzins kennt. Niendorff[38]) will die Zahlungsunfähigkeit nur dann nicht als Versagungsgrund anerkennen, „wenn der Mieter seine eingebrachten Sachen in den Mieträumen beläßt oder in der Höhe ihres Wertes Sicherheit leistet". Auch das ist aus den obengenannten Gründen für das deutsche Recht nicht zu billigen, doch wird in den ausländischen Rechten, die ein Pfandrecht des Hauptvermieters an den eingebrachten Sachen in ihre Mietrechte aufgenommen haben, die eben zitierte Ansicht für die Entscheidung, ob durch einen zahlungsunfähigen Untermieter ein Nachteil für den Hauptvermieter entstehen könnte, von Wichtigkeit sein. Wenn auch in einzelnen Fällen in ungünstigen Vermögensverhältnissen des Untermieters ein wichtiger Grund zur Untermieteversagung liegen mag, in der Regel wird keiner darin erblickt werden können.

Dadurch, daß nach deutschem Rechte der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt sein soll, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Untermieter zu überlassen, ist der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsgewährung ein an seine Person geknüpftes Recht geworden, und die Leistung des Vermieters eine solche, die an einen anderen als den Gläubiger (Mieter) nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, d. h. die Forderung des Mieters ist nicht abtretbar (§ 309 BGB.). Diese Folgerung aus § 549 BGB. entspricht durchaus dem in der Denkschrift[39]) geforderten gegenseitigen persönlichen Vertrauensverhältnis der Mietparteien. Ein pactum de non cedendo ist in den deutschen Mietverträgen überflüssig. Es ergibt sich

---

[36]) Fuld S. 107.

[37]) vgl. Oertmann § 549 Erl. 4b; Mittelstein S. 253; für die Schweiz Schneider-Fick zu Art. 285 Erl. 6.

[38]) Niendorff S. 181.

[39]) Denkschr. S. 105.

weiter unter Heranziehung des § 851 der deutschen ZPO., daß die Ansprüche des Mieters aus dem Mietvertrage in der Regel unpfändbar sind.[40]) Pfändbar und übertragbar sind die Rechte aus dem Mietvertrage in Deutschland nur, falls dies durch besondere Vereinbarung bestimmt oder die Sublokationsfreiheit gewährleistet ist. Die Erlaubnis kann zurückgenommen werden, wenn in der Person des Untermieters sich nachträglich ohne Zutun des Vermieters ein wichtiger Grund zur Aftermieteversagung herausstellt.[41])

Vergleicht man für die Frage, ob die Weitervermietung der gemieteten Sache frei gestattet sein soll oder nicht, die von den verschiedenen Gesetzen gegebenen Bestimmungen, so erweist sich in der Praxis des Rechtslebens als die zweckentsprechendste Regelung der vom deutschen Recht eingeschlagene Weg. Gerade bei der Untermiete, insbesondere bei der Weitervermietung von Wohnungen,[42]) ist die Person des Gegenkontrahenten, sein Beruf und seine Lebensweise für beide Vertragsparteien von der größten Bedeutung. Jeder, der eine Sache zum Gebrauch einem andern überläßt, hat ein besonderes Interesse an der Person seines Mieters, weil er die tatsächliche Gewalt mit der Gebrauchseinräumung an den Mieter verliert und die Mietsachen bis zur Rückgabe in der Hand des Mieters bleiben. Umgekehrt interessiert den Mieter die Person seines Vermieters deshalb, weil dieser für die rechtzeitige Gebrauchsüberlassung der Mietsache und ihre Geeignetheit für den vertragsmäßigen Gebrauch während der Mietzeit einzustehen hat. Daher bestimmt der deutsche Gesetzgeber, daß bei der Miete von Mobilien durch eine Veräußerung der Mietsache das Mietverhältnis gelöst wird (Kauf bricht Miete).[43]) Bei Grundstücksverkauf haftet neben dem Erwerber des Grundstückes auch der alte Vermieter, falls der neue Vermieter seinen Verpflichtungen nicht nachkommt;

---

[40]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 2 § 851 I.

[41]) Oertmann § 549 Erl. 4b.

[42]) Das Institut der Miete hat heute eine wesentlich andere Bedeutung als in Rom. Das Wohnen zur Miete ist auch für die gutsituierten Klassen mehr und mehr zur Regel geworden. Diese Entwicklung brachte es mit sich, daß die Person des Mieters, sein Stand, seine Lebensweise für den Abschluß des Mietvertrages die größte Bedeutung erlangten. . . Das Prinzip der Sublokationsfreiheit erschien daher für die heutigen Verhältnisse nicht mehr angemessen. So Schubart S. 11.

[43]) Das folgt argumentum e contrario aus § 571 BGB. Auch das österreichische und schweizerische Recht (sowie das französische für Mobilien) lassen den Satz „Kauf bricht Miete“ gelten und erkennen hierdurch das zwischen Vermieter und Mieter bestehende persönliche Vertrauensverhältnis in gewisser Hinsicht an.

befreit sich jedoch der alte Vermieter von der Haftung, so steht dem Mieter ein Kündigungsrecht zu (§ 571 Abs. 2 BGB.). Aus denselben Betrachtungen heraus folgt für den deutschen Gesetzgeber zum Schutze des Vermieters die Unzulässigkeit der Untervermietung, die einen Wechsel in der Person des Mieters hervorruft.

Daß die Bestimmungen des deutschen Rechts dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes und seiner Verkehrsauffassung entsprechen, geht daraus hervor, daß in zahllosen Mietverträgen die Untervermietung zum größeren Schutze des Vermieters verboten ist. Auch haben sich Gutachten des preußischen Landesökonomiekollegiums und des Zentralverbandes der Haus- und Grundbesitzervereine „deren Urteil", wie die Protokolle[44]) ausführen, mit „Rücksicht auf die praktische Erfahrung, auf die es sich stützt, besondere Beachtung verdient", für das Untermieteverbot ausgesprochen. Dieser letztgenannte Zentralverband ist sogar trotz Aufnahme des Aftermieteverbots in das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch heute noch der Meinung, daß das Interesse des Vermieters im Bürgerlichen Gesetzbuch zu wenig berücksichtigt sei; deshalb hat der Zentralverband ein Formular zu einem einheitlichen Mietvertrage als Muster aufgestellt, in welchem zugunsten des Vermieters auf vertraglichem Wege Beschränkungen der gesetzlichen Rechte des Mieters herbeigeführt werden. Die Untermiete regelt § 7 dieses Vertragsformulares folgendermaßen: „Aftermiete ist nur bei schriftlicher Genehmigung des Vermieters gestattet. Mieter hat bei Ablehnung eines etwa in Vorschlag gebrachten Aftermieters durch den Vermieter weder einen Entschädigungsanspruch noch ein außerordentliches Kündigungsrecht".[45]) Mag auch zugegeben werden, daß beim Erlaß dieser Bestimmungen, die die Rechte des Mieters stark beschränken, eine gewisse Interessenpolitik den Verband vielleicht geleitet hat, der Grundsatz des § 549 ist jedoch niemals in Deutschland als besondere Härte vom Mieter empfunden worden. Die Bestimmung des § 549 ist „eine dem notwendigen Schutze des Vermieters dienende", die m. E. auch „jenem vielbewunderten und vielangefeindeten Grundzug des neuen Rechts" entspringt, „den man zutreffend mit dem Prinzip der sozialen Fürsorge bezeichnet hat".[46]) Aus denselben Gründen hat schon das preuß.

---

[44]) Prot. Bd. 2 S. 182 unten.

[45]) vgl. Brückner S. 198ff.

[46]) So Oertmann in „Miete, Pacht und verwandten Verträgen nach dem deutschen BGB.", im 51. Jahrg. Nr. 35 der allgem. österr. Gerichtszeitung S. 281/82, obgleich, wie er gleichfalls dort ausführt, im Mietrecht deutlich die Hinneigung des Gesetzgebers zugunsten des Mieters als des präsumtiv schwächeren Teiles tritt.

allgem. Landrecht den Grundsatz der Aftermieteunzulässigkeit aufgenommen, und in den deutschen Partikularrechten sind vorher „gemäß den deutschen Anschauungen über die Miete“ vom römischen Rechte abweichende Regelungen getroffen worden.[47])

Als Resultat der Vergleichung ergibt sich, daß im deutschen Rechte der Vermieter, im französischen, österreichischen und schweizerischen Rechte der Mieter vom Gesetz besser gestellt ist. Unter den ausländischen Rechten steht der französische Mieter am günstigsten. Eine wirtschaftliche Schädigung der Vermieter noch Mieter ist durch die gesetzlichen Bestimmungen in keinem Lande hervorgerufen worden. Wenn auch der Code civil den Vermieter, der sich jede Untervermietung gefallen lassen muß, recht ungünstig stellt, dafür, daß er wirtschaftlich nicht schlechter dasteht als der Vermieter in den Nachbarländern, sorgen andere gesetzliche Bestimmungen, daß z. B. der Mieter für allen durch die Weitervermietung entstehenden Schaden haftet, daß ihm ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters zusteht und andere mehr; endlich können ja auch in Frankreich die gesetzlichen Bestimmungen durch Vereinbarung — „les baux portent souvent: le preneur ne pourra pas céder son bail“, sous-louer „sans le consentement (ou sans le consentement écrit) du propriètaire; le preneur ne pourra céder son bail“, sous-louer, „qu'à une personne agréée par le propriètaire“[48]) — für jeden einzelnen Fall in passender Weise von den Parteien abgeändert werden, ebenso wie ja in den andern Ländern auf diesem Wege etwaige infolge gesetzlicher Vorschriften sich herausstellende Härten gemildert und beseitigt werden.

Es mag nicht unerwähnt bleiben, daß in vielen deutschen Städten für gewisse Straßen und Häuser „das Untervermieten an Studenten, Künstler usw. derart allgemein üblich ist (Ortsgebrauch), daß die entsprechende generelle Erlaubnis nach fester Verkehrssitte einen Bestandteil des Mietvertrages bildet, der Vermieter sie also auch nicht mehr versagen kann, weil er sie durch die in dem vorbehaltlosen Vertragschlusse enthaltene schlüssige Erklärung bereits erteilt hat“.[49]) So finden wir auch

---

[47]) Schubart S. 61.

[48]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 262, 263.

[49]) Endemann § 169 Anm. 19 S. 1056; vgl. Schneider S. 33: Eine grundsätzliche und weittragende Beschränkung der Erlaubnisverweigerungsbefugnis kann auch durch eine besondere ortsübliche Art der Untermietung gegeben sein in Fällen, in denen eine strenge Prüfung und Auswahl der Untermieter nach Lage der Verhältnisse ausgeschlossen erscheint. Als Beispiel erwähnt Beer S. 47 die Leipziger Messeuntervermietungen.

in Deutschland, wo das Untermieteverbot als gesetzliche Regel statuiert ist, stellenweise den im Auslande geltenden Grundsatz der Sublokationsfreiheit in striktester Weise durchgeführt, da das Verkehrsinteresse es dort erheischt. Stets jedoch hat das deutsche Recht, wie Klein[50]) hervorhebt, „einen dem österreichischen Rechte entgegengesetzten Ausgangspunkt“: nach dem österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch „muß dem Mieter die Befugnis zur Untermiete entzogen, nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch muß sie ihm erteilt werden“.

Zum Abschluß der Darstellung der gesetzlichen Regelung der Untermietezulässigkeit ergibt sich über die aus den angestellten Betrachtungen für die einzelnen Rechte gewonnenen Ergebnisse mit v. Stubenrauch[51]) folgender Überblick: „Der Mieter hat ein Interesse daran, die gemietete Sache einem anderen zu überlassen, insbesondere dieselbe weitervermieten zu dürfen. Dem Mieter war diese freie Aftervermietung vom römischen Rechte ohne Einwilligung des Vermieters gestattet; andererseits hat der Vermieter ein Interesse, daß dem Mieter diese freie Aftervermietung nicht gestattet ist, da die Mietsache leicht in die Innehabung eines fahrlässigen oder unpassenden Untermieters gelangen kann. Von solcher Erwägung ausgehend, versagt das preuß. allgem. Landrecht und auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch „dem Mieter die Befugnis, ohne Einwilligung des Vermieters den Gebrauch der Sache einem anderen unentgeltlich oder gegen Entgelt zu überlassen. Eine Ausgleichung dieser widerstreitenden Interessen kann dadurch getroffen werden, daß dem Mieter zwar das Recht zum Weitervermieten eingeräumt wird, aber auf seine eigene Gefahr, so daß er den Schaden zu tragen hat, welchen der Untermieter durch Unterlassen der erforderlichen Sorgfalt dem Mietobjekt zufügt, somit dem Hauptvermieter für das Verschulden seines Untermieters haftet (Haftung für fremde culpa)“. Dieser Mittelweg ist vom Code civil, dem österreichischen und schweizerischen Gesetz eingeschlagen worden. Und zwar nehmen das schweizerische und österreichische Recht wieder eine Mittelstellung zwischen dem deutschen und französischen Recht ein, indem sie zwar wie der Code civil die Untervermietung grundsätzlich gestatten, jedoch versagen, wenn durch sie eine nachteilige Veränderung für den Hauptvermieter entsteht. Für beide Rechte war weder das persönliche Vertrauensverhältnis allein maßgebend, auf welchem das deutsche Gesetz basiert, noch die

---

[50]) Klein S. 9.
[51]) v. Stubenrauch Bd. 2 zu § 1098 Anm. 2.

solvabilité des Untermieters, der Standpunkt des französischen Rechts, letzterer deshalb nicht, weil in beiden Rechten der Hauptvermieter den Untermieter nicht wegen des Mietzinses direkt belangen kann wie nach art. 1753 C. c.

Dadurch, daß der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache einem Untermieter überläßt, entstehen zwischen den drei beteiligten Personen, dem Hauptvermieter, dem Untervermieter und dem Untermieter, die verschiedensten vertraglichen und außervertraglichen rechtlichen Beziehungen, und nacheinander sollen

das Rechtsverhältnis zwischen Untervermieter und Untermieter,
das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter
und die rechtlichen Beziehungen des Hauptvermieters zum Untermieter

in rechtsvergleichender Darstellung erörtert werden.

VI. Das Rechtsverhältnis zwischen Untervermieter und Untermieter.

§ 6.

a) Natur des Untermietvertrages.

Das zwischen Untervermieter und Untermieter bestehende Vertragsverhältnis, die eigentliche Untermiete, unterscheidet sich, was seine Vertragsnatur anlangt, in keiner Weise von einem andern gewöhnlichen Mietvertrage.[1]) Es finden daher auf das zwischen dem Untervermieter und Untermieter bestehende Vertragsverhältnis im deutschen und in den ausländischen Rechten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Mietverträge Anwendung. Begrifflich setzt ein Untermietverhältnis stets einen Hauptmietvertrag voraus, da ja der Gegenstand des Untermietvertrages eine gemietete Sache sein muß. Die Haupt- und Untermiete sind beide reine Mietverträge, jedoch vollständig unabhängig voneinander begründet, was für die Beziehungen des Hauptvermieters zum Untermieter von Wichtigkeit sein wird.

[1]) Kranzbühler S. 16: Der Aftermietvertrag ist weiter nichts als ein gewöhnlicher Mietvertrag. Als wichtige Folge ergibt sich, daß alle Neuerungen und Fortschritte im Mietrecht zugleich ein vervollkommnetes Recht der Untermiete schaffen; vgl. Schubart S. 62.

Der Untermieter ist Kontrahent in beiden Verträgen, und er erwirbt sowohl im Untermietvertrage als auch im Hauptmietvertrage Rechte und Pflichten. Jetzt soll das Untermietverhältnis näher erörtert werden, und der Untervermieter ist daher nicht in seiner Stellung als Mieter, sondern lediglich als Vermieter zu kennzeichnen.

Der Untermietvertrag ist gültig inter contrahentes abgeschlossen, sobald sich Untervermieter und Untermieter vollständig über alle wesentlichen Punkte, Gegenstand, Zeit und Preis geeinigt haben. Aus dem Charakter des Untermietvertrages als reinen Mietvertrages ergibt sich für das deutsche Recht, daß die im § 549 durch den Vermieter zu erteilende Erlaubnis, die die freie Weitervermietung beschränkt, von keinem wesentlichen Einfluß auf den Abschluß und das Bestehen des Untermietverhältnisses ist.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Folge nicht besonders ausgesprochen. Da der Mieter obligatorische Verpflichtungen ebensogut eingehen kann wie jeder Dritte, wenn er geschäftsfähig ist, wäre eine solche Bestimmung überflüssig gewesen. Wohl zu beachten ist jedoch, daß die tatsächliche Gebrauchsüberlassung und Gebrauchsgewährung der Mietsache an den Untermieter gültig nur mit Zustimmung des Hauptvermieters erfolgen kann, also durchaus von der Erlaubnis des Vermieters abhängig ist. In der Praxis des Rechtslebens findet sich häufig die Übereinkunft, daß die Untermiete in der Form eines durch die Erteilung der Erlaubnis aufschiebend oder auflösend bedingten Vertrages abgeschlossen wird, so daß der Mietvertrag erst mit der Erteilung der Erlaubnis perfekt wird, bezw. bei Verweigerung der Erlaubnis unwirksam wird. Im Interesse des Untermieters sollten in Deutschland alle Untermietverträge unter der Bedingung, daß der Hauptvermieter seine Erlaubnis erteilt, abgeschlossen werden, da sonst der Untervermieter leicht in eine schwierige Lage gerät, wenn der Hauptvermieter die Erlaubnis verweigert, indem er sich nämlich zur Gewährung eines Gebrauchs verpflichtet hat, den er dem Untermieter nicht einzuräumen vermag. An sich jedoch ist der Mietvertrag zwischen Hauptmieter und Untermieter als obligatorisches Verhältnis wirksam abgeschlossen, wenn jeder der beiden Vertragschließenden sich zu einer Leistung verpflichtet hat ohne Rücksicht darauf, ob der Untervermieter seiner Verpflichtung zur Übergabe und Gebrauchsüberlassung an den Untermieter nachkommen kann, ebenso wie es für das Zustandekommen der Untermiete belang-

---

[2]) v. Staudinger zu § 549 II.

los ist, ob der Untermieter in der Lage sein wird, den Mietzins zur Zeit der Fälligkeit zu entrichten.

Das soeben Gesagte gilt auch für die ausländischen Rechte, falls die Untermiete vertraglich versagt worden war und der Mieter trotzdem die Sache in Untermiete geben will. Dazu bedürfte er dann auch der besonderen nachträglichen Erlaubnis des Vermieters, doch hängt, obgleich die Untervermietung im Vertrage untersagt worden ist, die Gültigkeit des von ihm mit dem Untermieter abgeschlossenen Vertrages nicht von der nachträglichen Genehmigung des Vermieters ab. In den meisten Fällen wird der Untervermieter dem Untermieter Schadensersatz zu leisten haben dafür, daß bei verweigerter Erlaubnis es ihm nicht möglich ist, seinen Verpflichtungen aus dem Untermietvertrage nachzukommen und die Mietsache dem Untermieter zum Gebrauche zu überlassen.

Selbst die Tatsache des Nichtbestehens einer Hauptmiete würde einen abgeschlossenen Untermietvertrag nicht ungültig machen. In diesem Falle würde jedoch nur ein Mietvertrag und kein Untermietvertrag abgeschlossen worden sein, da ja Merkmal und Inhalt eines Untermietvertrages das Vermieten einer in Miete befindlichen Sache ist. Sollte der Hauptmietvertrag erst nach Abschluß des Untermietvertrages zustande kommen, so ist der zuerst geschlossene Vertrag erst vom Augenblick des Abschlusses des Hauptmietvertrages an ein Untermietvertrag, vorher nur ein gewöhnlicher Mietvertrag.

§ 7.

b) Die Pflichten des Untervermieters.

Durch den „Untermietvertrag“ wird der „Untervermieter“ verpflichtet, dem „Untermieter“ den Gebrauch der „untervermieteten“ Sache während der „Untermietzeit“ zu gewähren (faire jouir).

Der Untervermieter ist nach art. 1719, 1720 C. c., § 1096 a. BGB., Art. 276 ObIR., § 536 BGB. verpflichtet, dem Untermieter die Untermietsache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Untermietzeit in diesem Zustande zu erhalten. Der Untervermieter muß nach deutschem Recht dem Untermieter den Gebrauch der Mietsache gewähren, der ihm im Untermietvertrage zugestanden ist, auch wenn dem Untermieter im Untermietvertrage ein weitergehendes Gebrauchsrecht vom Untervermieter zugesprochen

worden ist, als ihm selbst nach dem Hauptmietvertrage zustand. Der Hauptvermieter kann in solchem Falle wegen Mißbrauches der Mietsache sich nur an seinen Mieter halten; anders nach französischem, schweizerischem und österreichischem Rechte. Hier (Österreich) darf der Untervermieter sich nicht zu mehr verpflichten, als er nach dem Hauptmietvertrage berechtigt ist, nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.[1]) Für die Schweiz erscheint es selbstverständlich,[2]) daß der Untervermieter im Untermietvertrage dem Untermieter keinen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache gestatten darf, sondern nur den Gebrauch der Mietsache, der im Hauptmietvertrage dem Mieter zustehen soll. Obgleich für das Geltungsgebiet des Code civil die französischen Juristen einerseits bestimmen, daß bei der Fortsetzung der Rechte und Pflichten der Parteien im Untermietvertrage die Vereinbarungen der Hauptmiete unberücksichtigt bleiben sollen, so erklären sie andererseits, daß der Mieter nicht mehr Rechte an den Untermieter abtreten könne, als ihm selbst aus der Hauptmiete zustehen, und weiter sogar: le sous-locataire devra vis-à-vis du propriétaire (hier gleichbedeutend mit Hauptvermieter)[3]) observer la destination de la chose.[4])

Nach §§ 537, 538 BGB. haftet der Untervermieter für Mängel der Sache, die er in Untermiete gibt, mögen sie nun bei der Übergabe an den Untermieter oder später hervorgetreten sein, indem der Untermieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist, zur Entrichtung keines oder nur eines beschränkten Mietzinses verpflichtet ist. Hatte der Vermieter die Mängel selbst zu vertreten, so ist er dem Untermieter zu Schadensersatz verpflichtet. Auch nach französischem Recht (art. 1721, 1722 C. c.) kann der Untermieter Herabsetzung des Mietzinses und Schadensersatz verlangen. Gemäß Art. 277 ObIR. kann der Untermieter vom Vertrage zurücktreten, falls die Sache in einem Zustande übergeben wird, der den vertragsmäßigen Gebrauch ausschließt oder in erheblicher Weise schmälert; auch kann er Herabsetzung des Mietzinses (Art. 277 Abs. 2), bei Verschulden des Vermieters sogar Schadensersatz (Art. 277 Abs. 3) verlangen, falls sich die Sachmängel der Untermietsache erst nach der Übergabe durch den Untervermieter herausgestellt haben. Nach österreichischem Recht kann der Mieter bei Vorliegen von Sachmängeln gemäß

[1]) vgl. § 442 a. BGB. und Fürth S. 253.
[2]) Heuberger S. 117.
[3]) So auch im art. 1753 C. c.
[4]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 467 Note 842 Abs. 3 u. S. 478 oben; Fuzier-Herman § 1753 Note 88.

§ 1117 a. BGB. Aufhebung des Mietvertrages, sei es mittels vorzeitiger Kündigung, sei es im Klagewege,[5]) verlangen.

Der Untervermieter muß dem Untermieter auch dafür einstehen, daß ihm die Mietsache nicht während der im Untermietvertrage festgesetzten Mietzeit, sei es vom Hauptvermieter, sei es von Dritten, entzogen wird. Nach deutschem Rechte kann der Untermieter im Falle, daß ihm die Mietsache nicht rechtzeitig gewährt oder während der Untermietzeit entzogen wird, Zinsherabsetzung und Schadensersatz verlangen, auch das Mietverhältnis kündigen (§§ 541, 542, 543 BGB.). Nach österreichischem Rechte kann der Untermieter, wenn der Untervermieter mit der Übergabe der Mietsache im Verzuge ist, z. B. weil der Hauptvermieter nach Kündigung der Hauptmiete die Mietsache dem Untervermieter entzogen hat, Erfüllung des Untermietvertrages verlangen;[6]) wenn er nach der Gebrauchsüberlassung gestört wird, hat der Untermieter gleichfalls das Recht, Erfüllung, d. h. also Beseitigung der Störung zu verlangen, er kann auch vom Vertrage abstehen[7]) und event. Schadensersatzansprüche geltend machen. Ebenso kann nach schweizerischem Rechte der Untermieter Erfüllung verlangen und Schadensersatz beanspruchen, wenn ein Dritter auf die gemietete Sache einen Anspruch erhebt, welcher sich mit dem Rechte des Mieters nicht verträgt (Art. 280 ObIR.). Im Falle eines Rechtsstreites ist der Untervermieter verpflichtet, denselben zu übernehmen. Auch ist der Untermieter für die Zeit nicht zur Entrichtung des Mietzinses verpflichtet,[8]) in der er die Mietsache nicht ungestört gebrauchen kann. Erhält der Untermieter nach französischem Rechte nicht die Mietsache zu der im Untermietvertrage festgesetzten Zeit oder entsteht für ihn an derselben sonst ein Mangel im Recht nach erfolgter Gebrauchsüberlassung, so kann er im ersteren Falle im Klagewege résiliation du bail verlangen und kann im letzteren Falle l'action en dommages-intérêts erheben, auch ist er von der Mietzinszahlung befreit.[9]) Praktisch werden Fälle der Eviktion der Mietsache meistens dann werden, wenn der Hauptvermieter die Sache von dem Untervermieter oder Untermieter zurückverlangt. Dies kann er z. B., wenn die Hauptmiete vor der im Untermietvertrag vereinbarten Zeit abläuft, wenn die Aftervermietung vertraglich ausgeschlossen war oder aus ähnlichen Gründen.

---

[5]) v. Stubenrauch Bd. 2 S. 376 Nr. 4.
[6]) Fürth S. 105.
[7]) Fürth S. 121 oben.
[8]) Heuberger S. 67.
[9]) Fuzier-Herman zu art. 1719 Note 29, zu art. 1726 Note 21.

Wird die gemietete Sache, die eine bewegliche ist, vom Haupt- oder Untervermieter an Dritte veräußert, so gilt in allen Rechten der römischgemeinrechtliche Grundsatz „Kauf bricht Miete“. Der Untermieter, dem gegen den Dritten kein dinglicher noch persönlicher Anspruch zusteht, verliert den Gebrauch an der Mietsache, sobald der Erwerber die Sache herausverlangt, und nur aus dem Besitzverhältnisse zur Mietsache kann der Untermieter zuweilen Rechte für sich herleiten. Der Satz „Kauf bricht Miete“ findet auch, wenn Immobilien vermietet worden sind, in Österreich und der Schweiz Anwendung. Nach beiden Rechten muß jedoch eine Kündigung durch den Dritten, Erwerber, vorausgehen (nach schweizerischem Rechte nur bei Grundstückmiete).[10]) Der Untermieter ist jedoch berechtigt, Schadensersatz oder sonstige Genugtuung vom Untervermieter zu verlangen (§ 1120 Satz 2 a. BGB.; Art. 281 OblR.). Da in Frankreich und Deutschland bei unbeweglichen Sachen Kauf nicht Miete bricht, so muß dort der Erwerber die Untermiete respektieren, wenn nicht im Mietvertrage das Gegenteil ausgemacht worden war. War die Untermiete vertraglich verboten, so braucht auch der neue Erwerber sie nicht gegen sich gelten zu lassen. Für das österreichische und schweizerische Recht besteht die Untermiete nur in den Fällen fort, in denen der Untermieter sein Mietrecht in öffentliche Bücher hat eintragen lassen.[11]) Dann ist sein Gebrauchsrecht ein dingliches Recht geworden und kein Dritter kann die Miete aufheben (§ 1095 a. BGB.; Art. 281 OblR.). In der Schweiz sind die besonderen Wirkungen der Eintragung des Mietvertrages in öffentliche Bücher der kantonalen Gesetzgebung überlassen worden.[12]) Es ist anzunehmen, daß, wie im gemeinen Recht,[13]) so heute noch in Österreich und der Schweiz der Hauptvermieter, der sich eines ihm nicht genehmen Untermieters, der ihm infolge der Sublokationsfreiheit aufgezwungen worden ist, dadurch entledigen kann, daß er, sofern das Mietrecht nicht in öffentliche Bücher eingetragen ist, die Mietsache an Verwandte oder Bekannte veräußert.[14])

---

[10]) art. 1743 C. c.; § 571 BGB. Das französische Recht unterscheidet: „ist der Mietvertrag erweislich vor dem Veräußerungsvertrage geschlossen, so ist der neue Erwerber an den Mietvertrag gebunden“, umgekehrt nicht; vgl. Matthiaß S. 310.

[11]) Eine dingliche Eintragung der Miete kennt das deutsche und französische Recht nicht; vgl. Prot. Bd. 2 S. 170; Zachariä-Crome Bd. 2 S. 540.

[12]) Huber Bd. 3 S. 737.

[13]) Prot. Bd. 2 S. 182.

[14]) § 1120 a. BGB. ist ein Auflösungsgrund; vgl. Das österr. Recht Bd. 2 S. 360.

Nach § 546 BGB., § 1099 a. BGB., Art. 282 ObIR. ist der Untervermieter verpflichtet, die Lasten der Mietsache zu tragen sowie die Erhaltungskosten gemäß § 536 BGB., art. 1720, 2 C. c., § 1096 a. BGB., Art. 276 ObIR. Auch muß er dem Untermieter Ersatz etwaiger Aufwendungen leisten (§ 547 BGB.). Nach deutschem Recht hat der Untervermieter ferner (§ 544 BGB.) bei Wohnungsaftermiete eine gesundheitsgefährdende Beschaffenheit der Wohnung primär zu vertreten. Der Untermieter kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Untermietverhältnis kündigsn, auch wenn er beim Abschluß des Untermietvertrages die gefahrbringende Beschaffenheit gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat. Sache des Untervermieters ist es dann, in seiner Eigenschaft als Hauptmieter seinerseits aus denselben Gründen dem Hauptvermieter das Hauptmietverhältnis zu kündigen und sonstige Regreßansprüche gegen ihn geltend zu machen. Desgleichen soll in der Schweiz[15]) bei Mängeln, die die Gesundheit des Mieters einer erheblichen Gefahr aussetzen würden, dem Mieter und Untermieter ein fristloses Rücktrittsrecht gewährt werden, auch wenn er die Gefahr beim Abschluß des Vertrages gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Gefahr zustehenden Rechte verzichtet hat. Der Untervermieter eines Grundstückes hat wegen des Mietzinses ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen seines Mieters, des Untermieters (§ 559 BGB.; § 1101 a. BGB.; art. 2102 C. c.) (Vorzugsrecht). Die Schweiz gewährt dem Untervermieter nur ein Retentionsrecht (Art. 294 ObIR.); das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch gesteht das Pfandrecht nur dem Vermieter von Wohnräumen zu. Nach deutschem,[16]) schweizerischem[17]) und französischem[18]) Recht steht, da die Vorschriften über Miete von Grundstücken für die Miete von Wohnräumen gelten, auch dem Untervermieter einer Wohnung ein Pfandrecht an eingebrachten Sachen des Untermieters zu. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch gewährt das Pfandrecht nicht nur für den Mietzins, sondern für sämtliche Forderungen aus dem Mietverhältnisse.

---

[15]) vgl. Botschaft S. 30 art. 1298.
[16]) § 580 BGB.
[17]) Heuberger S. 173, 174.
[18]) Fuzier-Herman art. 2102 Note 7.

§ 8.

c) Die Pflichten des Untermieters.

Der Untermieter ist zur Abnahme, Obhut und zum vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache verpflichtet. Als Maßstab hierfür führen der Code civil (art. 1728, 1) und das schweizer. Obligationengesetz (Art. 281, 1) an, daß der Mieter und Untermieter mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters, guten Wirtes (eines diligens pater familias, en bon père de famille) bei dem Gebrauch der Mietsache zu verfahren hat.

Die Hauptverpflichtung des Untermieters besteht nach den art. 1709, 1728 C. c., §§ 1090, 1100 a. BGB., Art. 274 OblR., §§ 535, 551 BGB. in der Zahlung des Untermietzinses[1]) an den Untervermieter. Der Mietzins braucht nicht in barem Gelde zu bestehen, sondern ist auch in anderen Leistungen denkbar.[2]) Der Untermieter muß dem Untervermieter den Mietzins entrichten, solange ihm der Gebrauch der Mietsache gewährt wird.

Daß der Mieter (Untermieter) zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet ist, auch wenn er infolge eines in seiner Person liegenden Grundes von der gemieteten Sache keinen Gebrauch machen kann, ist für die Schweiz und Deutschland ausdrücklich in Art. 279 OblR. und § 552 BGB. bestimmt worden. Das Moment der Entgeltlichkeit ist der Miete im Gegensatz zur Leihe eigentümlich. Keine Untermiete liegt daher in allen Fällen unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung der Mietsache an Dritte vor. Auch das im Verkehrsleben häufig vorkommende Mitgebrauchenlassen einer gemieteten Sache kann nicht immer als Untervermietung bezeichnet werden, da bei Mitbenutzen, Mitgebrauchen der Mieter oft den Gebrauch nicht überläßt, sondern weiter ausübt, indem er den unmittelbaren Besitz nicht aufgibt. Die unentgeltliche Mitbenutzung einer Mietwohnung durch Gäste, Verwandte und Gesinde ist niemals als Weitervermietung,[3]) sondern

---

[1]) Certain prix du bail (C. c.), Bestandzins, bestimmter Preis (a. BGB.), Vergütung (OblR.), Mietzins (BGB.).

[2]) vgl. Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 355; Fürth S. 38/39; (and. A. für Österreich Krainz S. 211); Heuberger S. 22ff.; Matthiaß S. 304 I.

[3]) Anders das allgem. preuß. Landrecht, das im § 310 (Teil I Tit. 21) die Vorschrift enthielt, daß der Mieter ohne Konsens des Vermieters einen anderen in seiner Wohnung für Geld nicht aufnehmen dürfe; vgl. auch Matthiaß S. 305c Mitte; über den unselbständigen Mitgebrauch der Familienangehörigen, Dienstboten und Logiergäste (Besitzdiener) vgl. Bruck im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 114ff.

stets als vertragsmäßige Ausübung des Mietrechts aufzufassen, die entgeltliche nur, falls Dritten ein Teil der Wohnung zum ausschließlichen Gebrauche überlassen worden war. Nicht die Entgeltlichkeit allein wird das einzige Merkmal für die Untermiete sein, sondern es wird stets noch untersucht werden müssen, ob eine bloße Mitbenutzung oder eine Gebrauchsüberlassung[4]) an den Untermieter stattgefunden hat. Eine teilweise zeitliche Gebrauchsüberlassung der Dispositionsrechte und Mitbenutzungsrechte liegt z. B. in der Aufnahme eines Gastes im Gewerbebetrieb eines Schankwirts zur Bewirtung, Beköstigung und Bedienung gegen Entgelt.[5]) Nach österreichischem Recht wird die unentgeltliche Überlassung von Mieträumen seitens des Mieters an Dritte zwar begrifflich auch nicht als Aftermiete bezeichnet, doch wird dieselbe im Verhältnis zum Vermieter als Untervermietung behandelt.[6])

Im gemeinen Rechte konnte der Untermieter mit befreiender Wirkung gegenüber seinem Vermieter an den Hauptvermieter zahlen, vorausgesetzt, daß der Hauptmieter seinem Vermieter den Hauptmietzins wirklich schuldete.[7]) Für das heutige französische und österreichische Recht gilt dieses ebenfalls. Nach ersterem steht dem Hauptvermieter sogar aus art. 1753 C. c. eine direkte persönliche Mietzinsklage gegen den Untermieter zu. Nach österreichischem Rechte ist der Untermieter berechtigt, im Falle der Hauptmieter den Hauptmietzins nicht bezahlt hat, in Höhe seines Untermietzinses an den Hauptvermieter Zahlung zu leisten, wenn er hierdurch die Geltendmachung des Pfandrechts des Hauptvermieters an seinen eingebrachten Sachen verhindern kann. Das folgt nach österreichischem Rechte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen,[8]) doch liegt eine Verpflichtung des Untermieters zur Zahlung des Mietzinses an den Hauptvermieter, wie es der Code civil vorschreibt, nicht vor. Hat der österreichische Untermieter den Mietzins an den Vermieter gezahlt, so geht, auch (§ 1423 a. BGB.) wenn die Zahlung gegen den Willen des Untervermieters erfolgte, die Forderung des Vermieters gegen den Untervermieter auf ihn über, mit der er dann gegen die Untermietzinsforderung aufrechnen kann. Die dem art. 1753 C. c. entsprechende österreichische Gesetzesbestimmung

---

[4]) Oertmann § 549 Erl. 2 S. 495; Fürth S. 103; Heuberger S. 206.

[5]) So die Entsch. des Kgl. Landgerichts III in Berlin v. 17. 3. 1908 in Bl. f. Rechtspfl. Bd. 20 S. 54.

[6]) Fürth S. 245.

[7]) Windscheid Bd. 2 § 342 Nr. 6 Anm. 42.

[8]) Fürth S. 264.

(§ 1101 a. BGB.) regelt nur das dingliche Verhältnis des Hauptvermieters zum Eingebrachten des Untermieters.[9]) Eine Bestimmung, daß der Untermieter befreiend an den Hauptvermieter zahlen kann, haben das Bürgerliche Gesetzbuch und das schweizer. Obligationengesetz nicht getroffen.[10]) Natürlich könnte, wie jeder Dritte, auch der Untermieter gemäß § 267 BGB., Art. 177 OblR. an den Hauptvermieter zahlen, es sei denn, daß dieser auf Widerspruch des Hauptmieters hin die Leistungsannahme ablehnt. Doch befreit diese Zahlung den Untermieter nicht von der Zahlung des Untermietzinses an den Untervermieter, da nach § 362 Abs. 1 BGB. ein Schuldverhältnis nur erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, d. h. der Mietzins an den Untervermieter gezahlt wird. Die Abtretung der Forderung des Vermieters gegen den Untervermieter, wenn der Untermieter freiwillig den Mietzins an den Hauptvermieter gezahlt hat, ist mangels gesetzlicher Bestimmungen für den Untermieter nicht erzwingbar.[11]) Derselbe könnte nur ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) vom Hauptvermieter verlangen.[12]) Entsprach jedoch die Zahlung dem Interesse oder dem mutmaßlichen Willen des Untervermieters (Geschäftsherrn), so kann der Untermieter als Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 677 BGB.) wie ein Beauftragter (§ 683 BGB.) Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, d. h. wegen der Zahlung gegen den Untervermieter Regreß nehmen, unbeschadet der Ansprüche, die ihm wegen ungerechtfertigter Bereicherung zustehen würden. Ein der Vorschrift des gemeinen Rechts ähnelnder Rechtszustand wird oft dadurch entstehen, daß der Untermieter nach Zahlung des Mietzinses an den Hauptvermieter mit der Forderung, die er aus der Geschäftsführung ohne Auftrag gegen seinen Vermieter erlangt hat, aufrechnet, was wirtschaftlich zu demselben Resultat führt, als wenn der Aftermieter eine gesetzliche Berechtigung zur Begleichung der Schuld des Hauptmieters hätte, d. h. mit befreiender Wirkung den Untermietzins an den Haupt-

---

[9]) Da § 1101 nur eine dingliche Haftung der dem Untermieter „eigentümlichen Gegenstände statuiert, nicht aber ein persönliches Verpflichtungsverhältnis schafft und schaffen will, um so mehr als im § 1101 den dem Aftermieter gehörigen Sachen die dem Mieter von Dritten angestellten Sachen gleichgestellt werden, bezüglich welcher Personen wohl nicht gezweifelt werden kann, daß sie persönlich für den Mietzins nicht haften“ (so Fürth S. 264 Mitte).

[10]) Heuberger S. 122; Willweber S. 47.

[11]) Der Dritte, der aus eigenem Antriebe die Leistung bewirkt, hat keinen Anspruch auf Abtretung der Ansprüche des Gläubigers, es tritt auch keine gesetzliche Zession ein (Fischer-Henle § 267 Anm. 5).

[12]) § 368 BGB. und Oertmann Erl. zu § 368, 1 Abs. 2.

vermieter zahlen dürfte.[13]) Falls jedoch der Mieter dem Hauptvermieter seine Forderung auf den Untermieter zediert hat oder dieselbe „durch Gerichtsbeschluß ihm zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen worden ist,[14]) so wird der Untermieter in gleicher Weise von der Untermietzinszahlung befreit, als wenn er auf die Anweisung des Untervermieters hin (§ 783 BGB.) an den Vermieter gezahlt hätte. Als Grund dafür, daß der Untermieter den Mietzins nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr mit befreiender Wirkung seinem Vermieter gegenüber an den Hauptvermieter zahlen kann, ist nach Windscheid[15]) darin zu suchen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch das Pfandrecht an den Sachen des Mieters sich nicht mehr auf das Eingebrachte des Aftermieters erstreckt. Das gemeine Recht kannte ein Pfandrecht des Hauptvermieters an allen Sachen des Untermieters[16]) und gewährte dem Untermieter die Befugnis, für den nichtzahlenden Hauptmieter mit befreiender Wirkung den Zins an den Hauptvermieter zu zahlen. Beides steht im engen Zusammenhang. Denn durch die Zahlung kann der Untermieter die Geltendmachung des Pfandrechts seitens des Vermieters an seinen Sachen abwenden, und der Hauptvermieter wird befriedigt, ohne daß er an die mit Schwierigkeiten und Umständlichkeiten verbundene Geltendmachung seines Pfandrechts zu gehen gezwungen ist.[17]) Wie im gemeinen Rechte, so kann im heutigen französischen und österreichischen Rechte der Untermieter, dessen Illaten dem Hauptvermieter verhaftet sind (art. 1753 C. c.; § 1101 a. BGB.), mit befreiender Wirkung an denselben zahlen, während nach dem schweizer. Bundesgesetz dem Untermieter diese Befugnis nicht zusteht, obgleich der Hauptvermieter ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters erhält.[18]) Durch die Aufnahme einer den eben genannten ausländischen Rechten ähnlichen Bestimmung würde die Rechtslage des Untermieters, der die Realisierung des Retentionsrechtes seitens des Hauptvermieters von sich abwenden will, sehr vereinfacht worden sein.[19]) Zahlt der Untermieter an den Hauptvermieter, so wird ihm jedoch auch nach schweizerischem Rechte oft ein Anspruch aus ungerechtfertigter Be-

---

[13]) Ders. A. Schubart S. 34.
[14]) Fuld S. 110.
[15]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 430 zu d.
[16]) Kranzbühler S. 57.
[17]) s. Willweber S. 44.
[18]) vgl. Heuberger S. 122, 211.
[19]) Heuberger S. 211.

reicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Untervermieter zustehen.[20])

Der Untermieter muß nach Beendigung des Untermietvertrages die Sache dem Untervermieter herausgeben (§ 556 Abs. 1 BGB.; § 1109 a. BGB. [Zurückstellung]; art. 1730 ff. C. c.), und zwar in demselben Zustande, in welchem er sie empfangen hat.[21]) Das schweizerische Recht erwähnt die Rückgabepflicht nicht besonders, und zwar deshalb, weil in vielen Fällen der Mieter nicht in der Lage ist, die Sache in natura zurückzugeben, sondern nur bei Beendigung der Untermiete vom Gebrauche der Mietsache abstehen kann, z. B. bei Immobilien, oder wenn der Untermieter die Mietsachen nur gegen Entgelt mitgebrauchte, wenn er Eigentümer der Mietsache geworden ist, wenn ihm ein Zurückbehaltungsrecht zusteht (Art. 224—228), oder wenn er das gemietete Grundstück gemäß Art. 292 Abs. 3 nicht zu verlassen braucht.[22]) Die schweizerische Rückgabepflicht des Untermieters an den Untervermieter „ergibt sich da, wo sie überhaupt begründet ist, aus dem Wesen und der Natur des Mietvertrages".[23]) Als Besonderheit des Untermietrechts ergibt sich, daß der Untermieter, der die Sache schon an den Hauptvermieter herausgegeben hat, von seiner Rückgabepflicht an den Untervermieter frei wird.

Der Untermieter kann seinerseits die Mietsache weitervermieten. Es entsteht ein neues Mietverhältnis, in welchem der Untermieter Vermieter (zweiter Untervermieter) ist, und welches unabhängig von dem schon bestehenden Hauptvermietverhältnis und ersten Untermietvertrage abgeschlossen worden ist und weiterbesteht. Nach französischem, österreichischem und schweizerischem Rechte bestimmt sich die Zulässigkeit dieser weiteren Untervermietung nach art. 1717 C. c., § 1098 a. BGB., Art. 285 ObIR., d. h. also: es ist dem Untermieter die Untervermietung an einen zweiten Untermieter gestattet, der wieder die Mietsache einem Dritten überlassen kann, nur darf in Österreich und der Schweiz für den Hauptvermieter kein Nachteil aus der wiederholten Untervermietung entstehen. Falls der Untermieter nach deutschem Rechte die gemietete Sache weitervermieten will, so bedarf er dazu der Erlaubnis[24]) des Hauptvermieters,

---

[20]) Heuberger S. 211.
[21]) vgl. Entsch. d. OLG. Hamburg v. 2. 10. 1908 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 17 S. 389.
[22]) Die zuletzt angeführten Fälle erwähnt Heuberger S. 111/12.
[23]) Heuberger S. 112.
[24]) vgl. Entsch. d. RG. v. 19. 2. 1908 im Recht 1909 Ziff. 1857.

der die Erlaubnis nach seinem Belieben und Willen erteilen oder verweigern kann.[25])

§ 9.

d) Besitzverhältnisse.

Dadurch, daß dem Untermieter der Gebrauch an der Mietsache überlassen wird, erhält er die tatsächliche Gewalt über dieselbe. Die sich aus diesem durch die Tatsache der Gewalterlangung bewirkten Rechtsverhältnisse ergebenden Rechte können vom Untermieter neben seinen Rechten aus dem Untermietvertrage geltend gemacht werden.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche wird der Untermieter, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, Besitzer, und zwar unmittelbarer Besitzer. Es stehen ihm als solchem während der Dauer des Untermietverhältnisses die possessorischen Klagen wegen Besitzesentziehung (§ 861) und Besitzesstörung (§ 862) sowie der Abholungsanspruch aus § 867 sowohl gegen den Untervermieter wie jeden Dritten zu. Ferner

---

[25]) Welcher Vermieter (ob der Hauptvermieter oder der Hauptmieter) im Falle einer zweiten Untervermietung die Erlaubnis zu erteilen hat, ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 549 BGB. Auch in den Kommentaren zum BGB. und in Monographien des Untermieterechtes ist diese Frage nirgends erörtert worden. Nehmen wir an, der Hauptvermieter A hat an den Hauptmieter B eine Sache vermietet, die letztere dem Untermieter C in Untermiete gibt; C überläßt den Gebrauch der Mietsache einem zweiten Untermieter D. Es fragt sich nun, muß C, wenn D rechtsgültig im Gebrauche des Untermietegegenstandes bleiben soll, die Erlaubnis des A oder des B einholen, und wessen Erlaubnis muß D einholen, wenn er die Sache weitervermieten will. Aus dem Wortlaut des § 549 kann sowohl gefolgert werden, daß nur der jeweilige Vermieter und Kontrahent des Untervermietenden (also im ersten Falle der B, im zweiten Falle der C) die Erlaubnis zur Weitervermietung zu erteilen hat, also auch, daß bei jeglicher Untervermietung stets der Hauptvermieter seine Zustimmung geben muß. Angesichts des im deutschen Rechte vertretenen Standpunktes der engen Verknüpfung von Vermieter und Mieter (persönliches Vertrauensverhältnis) scheint das Interesse des ersten Vermieters zu wenig berücksichtigt zu sein, wenn man ihm das Recht über die Untermietezulässigkeit zu entscheiden nur gegenüber seinem Mieter, falls dieser die Sache weitervermietet, zugesteht; denn es ist für ihn noch wichtiger, daß die von ihm vermietete Sache nicht später in unberufene, ihm nicht genehme Hände übergeht, wie es in seinem Interesse lag, daß sein Mieter die Mietsache nicht einem unpassenden Untermieter weitervermietete. M. E. muß daher bei jeder Untermietung, sei es, daß der Hauptmieter (B) die Sache weitervermietet oder irgendein Untermieter (C, D) den Gebrauch der Sache einem neuen Untermieter (D, E) überläßt, die Erlaubnis des Hauptvermieters (A) eingeholt werden.

kann der Untermieter, falls die gemietete Sache eine bewegliche war, aus § 1007 petitorisch vorgehen und sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren (§§ 858, 859 BGB.). Auch dem Untervermieter, der mittelbarer Besitzer der Mietsache gleichwie der Hauptvermieter ist, steht das Recht der Selbsthilfe (§ 859 BGB.) gegen Dritte zu, sowie die Besitzentziehungs- und Besitzstörungsklage (§§ 861, 862 BGB.), letzteres bestimmt § 869 BGB. Dagegen kann der Untervermieter die Besitzesschutzmittel der §§ 859, 861 u. 862 BGB. nicht gegen den unmittelbaren Besitzer der Mietsache, den Untermieter, geltend machen. Der Hauptmieter kann nur, wenn Dritte dem Untermieter den Besitz entziehen, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer, den Untermieter, mit den vorhergenannten Klagen verlangen (§ 869 BGB.).

Das französische Recht kennt den Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitze nicht. Es unterscheidet zwischen dem juristischen Besitzer (iuris possessor), der den animus domini hat, und dem détenteur (detentor)[1]) und gewährt Besitzerschutz nur dem juristischen Besitzer (dem Eigenbesitzer des § 872 BGB.) bei Liegenschaften.[2]) Weder der Untervermieter noch der Untermieter von Immobilien werden daher, da sie keinen juristischen Besitz haben, durch die Besitzklagen geschützt. Eine eigenartige Bestimmung, die dem Untermieter von Mobilien zugute kommt, kennt der Code civil im art. 2279,1:

„En fait de meubles, la possession vaut titre".

„Im Interesse des Handels und Wandels"[3]) soll der bloße Inhaber berechtigt sein, dingliche Rechte Dritter wie der Eigentümer von sich abzuwehren.

Wie das französische Recht, so unterscheidet auch das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch (im § 309) zwischen Besitzer und Inhaber. Der Untervermieter und Untermieter sind nur Detentoren der Mietsache, da ihnen der animus domini beim Besitze fehlt. Da das österreichische Recht Besitzerschutz nur dem juristischen Besitzer gewährt, so gelangt es wie der Code civil zu dem bedauerlichen Resultat, daß zwar „Diebe und Räuber" Besitzerschutz genießen, aber nicht „Mieter und Depo-

---

[1]) Das preuß. ALR. unterscheidet I, 7 §§ 1, 3, 67 zwischen „vollständigen" Besitzern, die die Sache als die ihrige besitzen, und „unvollständigen" Besitzern, die nicht Eigentümer der Sache sind, jedoch dieselbe „in der Absicht, für sich selbst darüber zu verfügen, in Gewahrsam haben" (animus sibi habendi, possessionis, nicht animus domini).

[2]) Zachariä-Crome Bd. 1 § 162.

[3]) Zachariä-Crome S. 335.

sitar".[4]) Der fortgeschrittene Standpunkt des deutschen Rechtes ist von den ausländischen Juristen, z. B. v. Stubenrauch,[5]) auch anerkannt. Nach österreichischem Rechte erlangt der Untermieter jedoch durch die Übergabe der Mietsache den sogen. Mietbesitz.[6]) Hierdurch wird er keineswegs juristischer Besitzer der Mietsache, sondern bleibt Inhaber und besitzt die Mietsache nur im Namen des Hauptvermieters, aber er wird juristischer Besitzer des Gebrauchsrechtes. Der Mietbesitz ist der Besitz des Rechtes, die Sache zu gebrauchen, „Besitz eines vom Eigentum verschiedenen, eine dauernde Ausübung zulassenden Rechtes",[7]) d. h. also kein Sachbesitz,[8]) sondern ein Rechtsbesitz, der bis zur Rückgabe der Sache an den Untervermieter dauert. Über den Erwerb desselben bestimmt § 312 a. BGB.:

> „In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen".

Der Mietbesitz des Untermieters ist gesetzlich geschützt, und der Untermieter kann gegen jeden mit der Besitzstörungsklage aus § 339 a. BGB. vorgehen, der diesen Besitz des Gebrauchsrechtes eigenmächtig stört. Die Besitzklage kann der Untermieter auch gegen den Untervermieter anstellen, falls dieser sein Gebrauchsrecht stört. Ob der österreichische Untervermieter im Besitz des Gebrauchsrechtes ist oder nicht, wird verschieden beantwortet werden können. M. E. bleibt er, obgleich nicht einmal mehr Detentor der Mietsache, dennoch im Mietbesitz, im Besitze des Gebrauchsrechts, da er auch nach Überlassung der Sache an den Untermieter zum tatsächlichen Gebrauch dennoch dieselbe als die seinige[9]) gebraucht, und zwar insofern, als er durch das Weitervermieten einen ihm kraft Gesetzes als Vermieter zustehenden (§ 1098 a. BGB.) Gebrauch von der Mietsache macht. Folgt man dieser Auffassung, so müssen auch dem Untervermieter sämtliche possessorischen Schutzmittel zugebilligt werden, und kann der Untervermieter mit der Besitzstörungsklage vorgehen, wenn der Vermieter dem Untermieter das Einziehen in die Wohnung verwehrt.[10]) Gemäß § 344 a. BGB. dürfen Untervermieter und Untermieter das Recht der Selbst-

---

[4]) v. Stubenrauch Bd. 1 S. 678,4
[5]) v. Stubenrauch Bd. 1 S. 678,4.
[6]) Fürth S. 6.
[7]) Das österreichische Recht Bd. 2 S. 423.
[8]) Fürth S. 121.
[9]) Das österreichische Recht Bd. 2 S. 425.
[10]) v. Schey zu § 1098 Erl. 5 u. 6.

verteidigung für sich in Anspruch nehmen,[11]) falls richterliche Hilfe zu spät kommen würde. Das französische Recht kennt auch eine gewisse Selbsthilfe, deren sich hier nur der Untermieter bedienen kann. Dieselbe ist jedoch weder besonders gesetzlich geregelt, noch in so ausgedehntem Maße wie im deutschen Rechte anerkannt.[12])

Das schweizerische Recht nennt in dem neuen Zivilgesetzbuch denjenigen Besitzer der Sache, der die tatsächliche Gewalt über dieselbe hat (Art. 919 ZGB.). Es sind daher wie im deutschen Recht auch die Detentoren der Sache, d. h. Besitzer ohne animus domini („unselbständiger Besitzer" Art. 920 Abs. 2 ZGB.), in ihrem Besitze geschützt. Wie nach deutschem Rechte ist der Untermieter, der die Sache in seinem Gewahrsam, in seiner unmittelbaren Gewalt hat, unmittelbarer Besitzer; Hauptvermieter und Hauptmieter sind mittelbare Besitzer, die durch den Untermieter besitzen. Als Besitzer darf sich der Untermieter verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren (Art. 926 ZGB.). Außer der Selbsthilfe, die dem Untermieter gegen seinen Vermieter wie gegen jeden zusteht, kann er gleichfalls gegen jeden, der ihm die Mietsache durch verbotene Eigenmacht entzieht, mit der Klage aus Besitzesentziehung (Art. 927 ZGB.) vorgehen, welche auf Rückgabe der Sache und Schadensersatz geht. Endlich ist der Untermieter, der im Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört wird, berechtigt, gemäß Art. 928 ZGB. Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störungen und Schadensersatz zu verlangen. Hat ein Dritter den Besitz der Mietsache mala fide erworben, so kann der Untermieter denselben gemäß Art. 936 ZGB. auf Herausgabe belangen. Die Besitzerschutzmittel des schweizerischen Rechtes ähneln denen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, nur daß das letztere Schadensersatzansprüche aus entzogenem oder gestörtem Besitz nicht kennt. Die Klagen der Art. 926—928 ZGB. stehen auch dem Untervermieter als mittelbarem Besitzer bei Eingriffen in den Besitz des unmittelbaren Besitzers gegen Dritte zu; nur dem Untermieter gegenüber sind sie nicht gegeben.[13])

---

[11]) v. Stubenrauch Bd. 1 zu § 344 Anm. 1.

[12]) Zachariä-Crome Bd. 1 S. 380; Foertsch S. 218.

[13]) vgl. Wieland Art. 926 Erl. 3a Schluß: So z. B. braucht es der Mieter nicht zu dulden, daß der Eigentümer die Wohnung gegen seinen Willen räumt.

§ 10.

e) Das Ende der Untermiete.

Der Untermietvertrag endigt mit dem Ablauf der Zeit, für den er eingegangen worden ist. Ist ein Endtermin nicht ausgemacht, so kann die Untermiete wie jeder Mietvertrag seitens einer der Parteien gekündigt werden (gemäß den art. 1737 ff. C. c., §§ 1112 ff. a. BGB. und Art. 289 ff. ObIR., §§ 564 ff. BGB.) oder stillschweigend verlängert werden (art. 1738, 1739, 1759 C. c.; § 1114 a. BGB.; Art. 291 ObIR.; § 568 BGB.). Die besonderen Vorschriften über die Endigung der Untermiete decken sich vollständig mit den über die Miete in den einzelnen Staaten geltenden Bestimmungen (art. 1735 ff. C. c.; §§ 1112 ff. a. BGB.; Art. 288 ff. ObIR.; §§ 564 ff. BGB.). Meistens wird das Ende der Untermiete mit dem Ende der Hauptmiete zusammenfallen oder das Untermietverhältnis früher enden als die Hauptmiete.

Ist jedoch ein Untermietvertrag für längere Zeit eingegangen, als das Hauptmietverhältnis dauert, oder ist zwar die Dauer des Haupt- und Untermietverhältnisses die gleiche, der Hauptmieter gibt aber durch sein vertragswidriges Verhalten dem Hauptmieter einen Kündigungsgrund oder verlangt der Eigentümer im Falle, daß der Hauptvermieter nur ein obligatorisches Gebrauchsrecht an der Sache hat, das Mietsobjekt zurück,[1]) alles Fälle, wo die Hauptmiete von dem im Untermietvertrage für die Beendigung der Untermiete vorgesehenen Zeitpunkt ihr Ende erreicht, so wird tatsächlich auch das Untermietverhältnis beendet, da ja dem Untermieter die Mietsache, sei es direkt durch den Hauptvermieter, sei es durch den Untervermieter, entzogen wird. Eine andere Frage ist es, ob nicht nur das tatsächliche Weiterbestehen der Untermiete, sondern auch der rechtliche Fortbestand des Untermietvertrages durch die Endigung des Hauptmietverhältnisses beeinflußt wird. Auf dem Standpunkte, daß die Auflösung des Hauptmietvertrages die Beendigung der Hauptmiete zur Folge hat, daß mit Ende der Hauptmiete der Untervermietvertrag mit allen daraus entspringenden Rechten und Pflichten der Parteien ipso iure zu bestehen aufhört, stehen das französische,[2]) das österreichische und das schweizerische Recht.[3])

---

[1]) vgl. Willweber S. 35.

[2]) Le bail tombant le sous-bail tombe avec lui; Kranzbühler S. 106 bei Marcadé explication du Code Napoleon, Paris 1859, Bd. 6 S. 491.

[3]) Das preuß. ALR. enthielt die ausdrückliche Bestimmung, daß das Recht des Untermieters nicht länger dauert als das des Hauptmieters (ALR. I, 21 § 321).

Zachariä-Crome[4]) führen aus: „Dem Aftermieter wird die Sache entzogen, wenn die Miete des Aftervermieters ein Ende nimmt; das Kontraktverhältnis zwischen dem Aftermieter und Vermieter löst sich im gegebenen Fall in Schadensersatzansprüche des Aftermieters auf". Derselben Ansicht sind Fuzier-Herman[5]) und die österreichischen Juristen v. Stubenrauch, Krainz und Fürth.[6]) Schneider-Fick[7]) folgern als selbstverständlich aus Art. 285 ObIR. für die Schweiz, daß Miete und Untermiete zusammen aufhören, weil ein längeres Vermieten für den Hauptvermieter eine nachteilige Veränderung bedeuten würde. Heuberger[8]) äußert sich nur, daß der Hauptvermieter durch einen auf längere Zeit als die Hauptmiete abgeschlossenen Untermietvertrag nicht beeinflußt wird, nach Ablauf der Hauptmietzeit die Beendigung der Miete zu fordern. Es ist selbstverständlich, daß umgekehrt das Ende des Untermietvertrages keinen Einfluß auf die Beendigung der Hauptmiete gewinnt.[9])

Von ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkten, die nur an die zuletzt erwähnte schweizerische Auffassung anknüpfen, ist das deutsche Recht ausgegangen. Da es streng daran festhält, daß der Abschluß und das Ende des Untermietvertrages von dem Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter unabhängig ist, so ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vorschrift, daß das Ende der Hauptmiete die Beendigung des Untermietvertrages mit sich bringe, nicht aufgenommen.[10]) Dies entspricht auch den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechtes der Schuldverhältnisse. Die Motive[11]) äußern sich hierzu folgendermaßen: „Es ist nicht abzusehen, weshalb das Ende der Miete das obligatorische Recht des Untermieters gegen den Hauptmieter auf Gebrauchsgewährung endigen soll". Allerdings wird tatsächlich auch in Deutschland in den Fällen, wo der Hauptvermieter nach Beendigung der Hauptmiete die Rückgabe der gemieteten Sache verlangt, das Untermietverhältnis, das für längere Zeit als das Hauptmietverhältnis eingegangen war, mit der Geltendmachung des direkten Rückgabeanspruches gegen den Untermieter (§ 556 Abs. 3 BGB.) aufhören zu bestehen. Doch

---

[4]) Zachariä-Crome Bd. 2 S. 557 u. 561 Anm. 7.
[5]) Fuzier-Herman Art. 1753 Nr. 73.
[6]) „Das Recht des Aftermieters hört mit Beendigung der Miete auf" (gemeint ist Hauptmiete). So Fürth S. 253 oben; vgl. auch v. Stubenrauch Bd. 2 zu § 1098 Nr. 2; Krainz Bd. 2 S. 213.
[7]) Schneider-Fick Bd. 2 S. 491 Erl. 4.
[8]) Heuberger S. 121.
[9]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 498/99.
[10]) Matthiaß § 115, 1.
[11]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 397.

hat diese tatsächliche Beendigung nach deutschem Rechte keinen Einfluß auf die Rechte des Untermieters aus dem Untermietvertrage; der Untermieter kann daher nicht nur wie in ausländischen Rechten Schadensersatzansprüche gegen seinen Vermieter geltend machen, wenn ihm der Gebrauch der Sache infolge der Rückgabe entzogen worden ist, sondern kann auch auf Erfüllung klagen, da nach seinem Vertrage der Untervermieter ihm zur Gebrauchsgewährung der Mietsache fernerhin verpflichtet bleibt. Da jedoch selten der Untervermieter in der Lage sein wird, dem Untermieter nach Endigung der Hauptmiete den Gebrauch der Mietsache weiterzugewähren, so ist der wirtschaftliche Erfolg in allen Rechten der gleiche; der Untermieter verliert mit Beendigung der Hauptmiete den Gebrauch der Mietsache und erhält von seinem Vermieter nur Schadensersatz.

VII. Das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter.

§ 11.

a) Allgemeines.

Das zwischen Vermieter und Hauptmieter bestehende Vertragsverhältnis, die Hauptmiete, ist ein reines Mietverhältnis, wie schon vorher ausgeführt worden ist. Es ist vollständig unabhängig von dem Untermietverhältnis und bleibt auch unabhängig, wenn der Mieter die Mietsache in Untermiete gibt. Hauptvermieter und Hauptmieter bleiben sich gegenseitig verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, daß nicht mehr der Hauptmieter, sondern der Untermieter den Gebrauch von der Mietsache macht.

Auf die einzelnen Mietvorschriften, die Rechte und Pflichten des Vermieters und Mieters, soll hier nicht näher eingegangen werden. Das Hauptmietverhältnis interessiert bei Erörterung der Untermiete nur insoweit, als es durch die Untermiete beeinflußt wird, und die hieraus entstehenden Besonderheiten sollen allein in Betracht gezogen werden.

War die Untermiete nach den ausländischen Rechten vertraglich verboten oder hat der Vermieter nach deutschem Rechte die Erlaubnis zur Untervermietung versagt, so braucht der Vermieter keine Untermieter zu dulden. Hat trotzdem der Mieter die Mietsache in Untermiete gegeben, so kann der Hauptvermieter nach deutschem Rechte kündigen (§ 553 BGB.), nach

französischem Rechte die Aufhebung des Hauptmietvertrages verlangen (art. 1729 C. c.). Das Resiliationsrecht muß von ihm gerichtlich geltend gemacht werden.[1]) War die Untermiete laut Vertrag nur mit Einwilligung des bailleur gestattet und hatte letzterer die Erlaubnis zur Untervermietung versagt oder war sie nicht nachgesucht worden, so kann der Hauptvermieter gleichfalls verlangen, daß die Hauptmiete für aufgelöst erklärt werde, wenn der Untermieter die Mietsache weitervermietet.[2]) Nach österreichischem Rechte hat der Vermieter nur den Anspruch auf Vertragserfüllung gegen den Hauptmieter, d. h. er kann Entfernung des Untermieters nebst Schadensersatz verlangen.[3]) Die Klage auf Aufhebung gemäß § 1118 a. BGB. ist nur zulässig, falls in der Gebrauchsbelassung an den Untermieter ein erheblicher Mißbrauch liegt. Nach schweizerischem Rechte kann der Vermieter gemäß Art. 283 Abs. 2 OblR., wenn der Mieter ungeachtet erfolgter Abmachung die Sache dem Untermieter beläßt, Aufhebung des Vertrages verlangen, immer vorausgesetzt, daß die Untervermietung vertraglich ausgeschlossen war,[4]) da nur in diesem Falle die Belassung der Mietsache in den Händen des Untermieters sich als vertragswidriger Gebrauch der Mietsache darstellt. Leistet der Mieter der Aufforderung des Vermieters, vom vertragswidrigen Gebrauch abzustehen, nicht Folge und beläßt den Untermieter in Gebrauch der Mietsache, so kommt er in Verzug und seine Haftung für die Mietsache wird erhöht (Art. 118 OblR.).[5])

Umgekehrt kann der Mieter, falls die Untervermietung nicht vertraglich verboten war, der Hauptvermieter jedoch die Gebrauchsüberlassung an einen Untermieter nicht duldet, in Frankreich, Österreich und der Schweiz stets die Gebrauchsbelassung der Sache im Klagewege erzwingen, auch Schadensersatz verlangen.[6]) Denn die Befugnis, die Sache weitervermieten zu dürfen, gehört nach den genannten Rechten, in denen die Sublokationsfreiheit gilt, zu den Rechten, die der Mieter aus dem Mietvertrage erlangt. Im deutschen Rechte kann der Mieter, selbst wenn die Untermiete nicht verboten war — wie schon früher ausgeführt worden ist —, nicht den Hauptvermieter zwingen, ihm die Untervermietung zu gestatten, sondern ihm steht nur gemäß § 549 BGB. das Recht zu, die Hauptmiete zu

---

[1]) Kranzbühler S. 105.
[2]) Zachariä-Crome Bd. 2 § 348 Anm. 3.
[3]) Fürth S. 247.
[4]) Heuberger S. 112/13.
[5]) Heuberger S. 120.
[6]) vgl. z. B. Fürth S. 247.

kündigen, und auch das nur, falls in der Person des Untermieters kein wichtiger Grund für den Hauptvermieter lag, die Untermiete zu versagen.

§ 12.

b) Haftung des Hauptmieters für den Untermieter.

Von sämtlichen Rechten, mögen sie nun die Untervermietung frei gestatten oder an besondere Kautelen knüpfen, ist eine Bestimmung in das Mietrecht aufgenommen worden, wonach der Mieter nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für das dem Untermieter zur Last fallende Verschulden dem Hauptvermieter gegenüber zu haften hat.[1])

> Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison, ou de ses sous-locataires (art. 1735 C. c.).
>
> Wird das Mietstück beschädigt oder durch Mißbrauch abgenützt, so haftet der Mieter sowohl für sein eignes als des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für den Zufall (§ 1111 a. BGB.).
>
> Der Mieter haftet dem Vermieter dafür, daß der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es dem Mieter gestattet ist (Art. 285 Abs. 2 Satz 1 OblR.).
>
> Überläßt der Mieter den Gebrauch einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauch zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat (§ 549 Abs. 2 BGB.).

Sonach kann sich bei der Untervermietung der Hauptvermieter stets an seinen Mieter halten — obgleich dieser nicht den Gebrauch der Mietsache hat —, wenn der Untermieter die Mietsache beschädigt oder verschlechtert hat, nicht aber, wenn durch Zufall die in Händen des Untermieters befindliche Sache verletzt wird. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der angeführten Gesetzesstellen.

Nach deutschem Rechte haftet der Hauptmieter nicht nur für das Verschulden des Untermieters, sondern oft auch für Zufall, und zwar in den Fällen, wenn er ohne Erlaubnis des Vermieters die gemietete Sache in Untermiete gegeben hat. In diesem Falle, d. h. bei unbefugter Weitervermietung, muß der

---

[1]) s. für das gemeine Recht l. 11 pr. D. 19, 2; Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon S. 52.

Hauptmieter deshalb für den durch Zufall eintretenden Schaden einstehen, weil in der unbefugten Gebrauchsüberlassung an den Untermieter ein Verschulden des Untervermieters liegt;[2]) es greift in diesem Falle die strenge Haftung stets Platz, „sofern nicht erhellt, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch ohne die Vertragswidrigkeit entstanden sein würde".[3]) Eine Unterscheidung zwischen befugter und unbefugter Untervermietung ist bei den drei ausländischen Rechten nicht möglich, es sei denn, daß die Untermiete auf Grund vertraglicher Bestimmung untersagt ist, da jeder Mieter die Mietsache weitervermieten darf. Sollte jedoch durch Vereinbarung die Untervermietung ausgeschlossen sein, so begründet allein schon die Untervermietung als vertragswidrige Handlungsweise einen Schadensersatzanspruch des Hauptvermieters gegen den Mieter ohne Rücksicht darauf, ob die Mietsache durch den Untermieter beschädigt worden ist oder nicht. In diesem Falle ist es auch nach französischem, österreichischem und schweizerischem Recht möglich, daß der Mieter für durch Zufall eingetretene Beschädigungen oder den Untergang der Mietsache, die sich in den Händen des Untermieters befindet, einzustehen hat, während nach deutschem Bürgerlichen Gesetzbuch schon durch die ohne besondere Erlaubnis erfolgte Untervermietung, also in viel häufigeren Fällen, eine Zufallshaftung begründet wird.

Das österr. Gesetzbuch unterscheidet zwischen Haftung des Mieters, die infolge Beschädigungen der Bestandsache, und solcher, die zufolge durch Mißbrauch erfolgter Abnutzung des Mietstückes eintritt (§ 1111 a. BGB.). Eine derartige Unterscheidung ist nur verständlich, wenn man annimmt, daß die Abnutzung keine Schädigung der Mietsache bedeutet. Für die in vertraglichen Grenzen erfolgte Abnutzung der Mietsache haftet der Mieter nie, sei es, daß er selbst, sei es, daß der Untermieter die Abnutzung herbeigeführt hat.[4]) Geht die vom Mieter oder Untermieter geübte Abnutzung jedoch über das im Vertrage gestattete Gebrauchsmaß hinaus, so ist darin stets eine Schädigung der Mietsache zu erblicken. Eine Bestimmung, daß der Mieter außer für Beschädigungen der Mietsache durch den Untermieter auch für eine durch Mißbrauch erfolgte Abnutzung haftbar zu machen sei, ist daher vom deutschen, schweizerischen und

---

[2]) Fuld S. 110; Mittelstein S. 257; Oertmann § 549 Ziff. 4a.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 397 Abs. 1 Schluß.

[4]) Das BGB. enthält darüber die Bestimmung des § 548, daß der Mieter Veränderungen und Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt sind, nicht zu vertreten hat.

französischen Rechte als selbstverständlich nicht aufgenommen und im österreichischen Gesetz als Zusatz, der nur größerer Verständlichkeit und Deutlichkeit halber hinzugefügt worden ist, nicht als erweiterte Haftung des Hauptmieters aufzufassen. Die Haftung des Mieters in allen Gesetzen ist eine kontraktliche und entspringt dem Hauptmietvertrage. Insbesondere hat der Hauptmieter seinem Vermieter dafür einzustehen, daß der Untermieter nur den Gebrauch von der Mietsache macht, der nach dem Hauptmietvertrage gestattet ist.

§ 13.

c) Das Kündigungsrecht des Hauptvermieters.

Sowohl bei befugter wie bei unbefugter Untervermietung steht dem Hauptvermieter nach deutschem Recht gegen den Hauptmieter ein fristloses Kündigungsrecht zu, falls der Untermieter einen vertragswidrigen Gebrauch der gemieteten Sache ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fortsetzt. Das folgt aus § 553 BGB., welcher bestimmt:

> Der Vermieter kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter oder derjenige, welchem der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt, insbesondere einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Mieter obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet.

Voraussetzung des Kündigungsrechtes ist eine Abmahnung des Vermieters, die sich nur an den Hauptmieter richten kann, da der Hauptmieter mit dem Untermieter in keinem Vertragsverhältnisse steht. Dies gilt insbesondere für den weiter unten erwähnten Fall, daß der Untermieter die Sache vertraglich gebraucht oder unbefugt weitervermietet.[1]) Eine weitere Voraussetzung ist die Fortsetzung des vertragswidrigen Gebrauchs durch Mieter oder Untermieter nach erfolgter Abmahnung an den Hauptmieter. Was nach deutschem Rechte ein vertragswidriger Gebrauch ist,[2]) der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße

[1]) Willweber S. 23.

[2]) Ein vertragswidriger Gebrauch kann darin bestehen, daß der Untermieter gegen den Hauptmietvertrag schuldhaft verstößt. Dann spricht man

verletzt, ist in der oben zitierten Gesetzesstelle durch zwei Beispiele erläutert. Danach steht das Kündigungsrecht dem Hauptvermieter zu, wenn a) der Mieter einem Dritten, z. B. dem Untermieter, den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt, oder b) der Untermieter ohne Erlaubnis des Vermieters die Sache weitervermietet, und wenn a) der Mieter oder b) der Untermieter die Sache durch Vernachlässigung der einem Mieter obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet. Eine erhebliche Verletzung der Sache des Vermieters würde darin liegen, daß der Mieter oder Untermieter gemietete Mobilien in ferne Länder mitnimmt, wenn in gemieteten Wohnungen gefährliche Experimente veranstaltet werden, wenn ein gemietetes Pferd erheblich überanstrengt wird,[3]) wenn ein zur Jagd gemieteter Hund zur Bewachung des Hofes benutzt und an eine Kette gelegt wird und ähnliches mehr.

Die ausländischen Rechte kennen eine dem § 553 ähnliche, ausdrückliche Gesetzesbestimmung nicht. Der Code civil, das österr. Bürgerliche Gesetzbuch und das schweizer. Obligationengesetz bestimmen zwar, daß der Vermieter berechtigt sein soll, das Mietverhältnis aufzuheben, falls der Mieter ungeachtet erfolgter Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch von der Mietsache macht. Doch ist in den betreffenden Gesetzesstellen nicht ausdrücklich gesagt, daß auch bei mißbräuchlichem Gebrauch durch die Untermieter dem Hauptvermieter dieses Recht gewährt ist. In dem Fehlen einer dem § 553 ähnlichen Bestimmung zeigt sich wieder, wie schon bei der Frage der Zulässigkeit der Untervermietung, der Unterschied des deutschen und ausländischen Untermieterechts, hier Schutz des Vermieters, dort weitestes Entgegenkommen für Mieter und Untermieter. Es soll jedoch versucht werden, ein dem deutschen Rechte ähnliches Kündigungs- bezw. Auflösungsrecht[4]) trotz Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift aus dem Rücktrittsrecht des Vermieters gegen den vertragswidrig die Mietsache benutzenden Mieter für den Code civil, das österr. Gesetzbuch und das schweizer. Obligationenrecht abzuleiten.

Vorausgeschickt soll werden, daß das im deutschen Rechte in § 553 erwähnte Beispiel, die Belassung des einem Dritten

---

von subjektiver Vertragswidrigkeit, oder das Verhalten des Aftermieters an sich gibt dem Hauptvermieter das Kündigungsrecht (sogen. objektive Vertragswidrigkeit). Vgl. über diese Streitfrage, die zugunsten der Verfechter der objektiven Vertragswidrigkeit gelöst wird, Mittelstein S. 141; Willweber S. 22; Prieß S. 27.

[3]) So Oertmann § 553 Erl. 1.

[4]) vgl. S. 41 der Arbeit. Der französische Vermieter kann die Aufhebung nur im Klagewege erlangen.

unbefugt überlassenen Gebrauches, sich nach den ausländischen Rechten nicht als vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Mieter (Hauptmieter) darstellt. Nach französischem, österreichischem und schweizerischem Rechte ist mangels vertraglicher Abreden die Weitervermietung der gemieteten Sache an einen Untermieter, auch wenn dieser dem Hauptvermieter nicht genehm ist, wie wir oben gesehen haben, an sich keine Vertragsverletzung, da in sämtlichen Rechten der Grundsatz der Sublokationsfreiheit gilt. Ein Mieter, der daher gegen den Willen des Hauptvermieters die Sache in Untermiete gibt, handelt nicht vertragswidrig; der Hauptvermieter kann nicht aus dem Gesichtspunkte, daß der Mieter einen ihm nicht genehmen Dritten die Mietsache in Untermiete gibt, das Kündigungs- bezw. Resiliationsrecht des art. 1728 C. c., § 1118 a. BGB. und Art. 283 Abs. 2 OblR. ausüben.

Dagegen stehen die Bestimmungen des art. 1729 C. c., § 1118 a. BGB. und Art. 283 OblR. dem Hauptvermieter zu Gebote, wenn der Untermieter mit der Mietsache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, obwohl die Gesetze dies nicht besonders ausgesprochen haben.

Wenn die ausländischen Rechte sagen:

> „Si le preneur emploie la chose louéé à un autre usage que celui auquelle elle a été destiné ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celuici peut suivant les circonstances résilier le bail“ (art. 1729 C. c., Resiliationsrecht).[5])
>
> „Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblich nachteiligen Gebrauch davon macht“ (§ 1118 a. BGB., Kündigungsrecht).[6])
>
> Macht der Mieter ungeachtet erfolgter Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache, oder fügt er derselben durch offenbaren Mißbrauch dauernden Schaden zu, so kann der Vermieter die sofortige Auflösung des Mietvertrages nebst Schadensersatz verlangen (Art. 283 Abs. 2 OblR., Rücktrittsrecht),[7])

so ist unter „preneur“, „Mieter“ und „Bestandnehmer“ meines Erachtens auch der Untermieter mit zu verstehen. Diese Auffassung läßt sich folgendermaßen begründen. An sich ist zwar ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Mieter

---

[5]) Kranzbühler S. 105.
[6]) v. Stubenrauch, Aufkündigung Bd. 2 S. 366.
[7]) Heuberger S. 113.

kein solcher durch den Untermieter, macht jedoch der Untermieter einen solchen vertragswidrigen Gebrauch von der Mietsache und beläßt der Mieter den Untermieter im Besitz und sieht die mißbräuchliche Behandlung der Sache ruhig mit an, so liegt in dem passiven Verhalten des Mieters eine Vertragsverletzung, die sich für den Hauptvermieter als vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Hauptmieter darstellt. Ganz dahingestellt mag es bleiben, ob der Hauptvermieter den Mieter auf den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache durch den Untermieter durch Abmahnung aufmerksam gemacht hat. Es ist jedenfalls erforderlich, daß der Mieter von dem vertragswidrigen Gebrauche durch den Untermieter gewußt hat, da man sonst nicht gut davon sprechen kann, daß er die vermietete Sache dem Untermieter beläßt, worin meines Erachtens allein ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Mieter erblickt werden kann. Daß auch nach deutschem Recht der Mieter von dem vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache durch den Untermieter Kenntnis haben muß, folgt daraus, daß der Vermieter vor Geltendmachung des Kündigungsrechtes eine Abmahnung an den Hauptmieter richten muß und dieser daher im Zeitpunkt der Abmahnung spätestens von der mißbräuchlichen Benutzung der Sache durch den Untermieter erfährt. Hat der Hauptmieter des Auslandes trotz Abmahnung dem Schalten des Untermieters keinen Einhalt geboten, so kann der Hauptvermieter die Aufhebung des Mietverhältnisses verlangen, obgleich der Mieter selbst zwar tatsächlich die Sache nicht vertragswidrig behandelt hat, sondern der Untermieter allein, weil man annehmen kann, daß ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Hauptmieter vorliegt, wenn der Mieter die mißbräuchliche Behandlung durch den Untermieter duldet. Da die Belassung der Mietsache in den Händen des Untermieters, falls die Weitervermietung vertraglich ausgeschlossen war, stets als vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Hauptmieter aufzufassen ist, so steht nichts entgegen, auch die Belassung der Mietsache in den Händen eines sie vertragswidrig gebrauchenden Untermieters als solche anzusehen, falls der Hauptvermieter in Wahrnehmung seiner Vermieterrechte, die ihn berechtigen, vom Mieter einen vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu verlangen und einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache nicht zu dulden, den Hauptmieter aufgefordert hat, dem Schalten des Untermieters Einhalt zu gebieten. Daß das passive Verhalten im deutschen Rechte ohne weiteres als ein vertragswidriger Gebrauch der Sache durch den Hauptmieter aufgefaßt wird, ergibt sich aus § 553 BGB., der ausdrücklich bestimmt, daß die

Belassung des einem Dritten vom Mieter unbefugt überlassenen Gebrauches sich als vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Untermieter darstellt, welcher den Hauptmieter berechtigt, das Hauptmietverhältnis zu kündigen. Eine entgegengesetzte Auffasung würde zu dem bedauerlichen Resultat kommen, daß nach den ausländischen Rechten der Vermieter es ruhig mit ansehen müßte, wie eine dem Mieter übergebene Sache vom Untermieter mißbräuchlich behandelt wird, und nur auf Schadensersatz gegen seinen Mieter, der dann aus dem art. 1735 C. c., § 1111 a. BGB., Art. 285 Abs. 2 ObIR. haftbar ist, klagen könnte, es sei denn, daß er Eigentümer der Mietsache ist und ihm kraft seines Eigentumsrechtes Mittel zu Gebote stehen, den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache zu verhindern. Eine Ausdehnung der oben angeführten Gesetzesstellen entspricht auch den sonstigen Bestimmungen der ausländischen Kodifikationen. Das schweizerische Recht gewährt dem Hauptvermieter im Art. 285 ObIR. das Recht, den Untermieter unmittelbar zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache anzuhalten. Hierin dokumentiert sich der Wille des Gesetzgebers, daß der Vermieter stets in der Lage sein soll, darauf zu achten, daß mit der Mietsache nicht vertragswidrig verfahren wird. Macht der Mieter einen vertragswidrigen Gebrauch von der Mietsache, so kann ihn der Vermieter zum vertragsgemäßen Gebrauch anhalten oder Auflösung der Miete verlangen. Es erscheint billig, daß bei vertragswidrigem Gebrauch der Sache durch den Untermieter der Vermieter diesen nicht nur zu einem anderen Gebrauch anhalten kann, sondern auch die Aufhebung des Vertrages erfordern kann. Es ist selbstverständlich, daß der Vermieter nur die Hauptmiete, nicht die Untermiete kündigen kann, da er nur mit dem Hauptmieter in einem Vertragsverhältnis steht.[8])

§ 14.

d) Klage auf Unterlassung gegen den Hauptmieter.

Macht der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmachung des Vermieters fort, so kann der Vermieter auf Unterlassung klagen (§ 550 BGB.).

Diese Bestimmung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs gewährt dem Hauptvermieter das Recht, sowohl falls der Mieter,

[8]) vgl. auch v. Fürstl Bd. 2 S. 840.

als auch falls der Untermieter die Mietsache vertragswidrig gebraucht, oder wenn der Mieter unbefugterweise die Mietsache einem Dritten zum Gebrauche überläßt, gegen den Mieter auf Unterlassung zu klagen, wenn er von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen will. Zwar erwähnt § 550 den Untermieter nicht, doch ist mit Willweber[1]) der vertragswidrige Gebrauch des Mieters wie im § 553 BGB. dem vertragswidrigen Gebrauch seitens des Untermieters gleichzustellen. Denn es muß der Hauptvermieter, der im Falle vertragswidrigen Gebrauches der Mietsache durch den Untermieter die Hauptmiete kündigen kann, noch vielmehr berechtigt sein, auf bloße Unterlassung gegen den Hauptmieter zu klagen. Der Klage des Hauptvermieters muß gleichfalls wie im § 553 BGB. eine Abmahnung vorausgehen, die sich nur gegen den Hauptmieter richten kann, da nur dieser Vertragskontrahent des Hauptvermieters ist.

Den ausländischen Rechten ist eine Klage auf Unterlassung gegen den Hauptmieter wegen vertragswidrigen Gebrauches der Mietsache durch den Untermieter unbekannt. Das schweizerische Recht gibt dem Hauptvermieter das Recht, den Untermieter unmittelbar zum vertragsmäßigen Gebrauch anzuhalten (Art. 285 Abs. 2 Satz 2 ObIR.) und erübrigt sich daher eine Klage auf Unterlassung gegen den Hauptmieter. Nach französischem und österreichischem Recht wird der Hauptvermieter trotz Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung aus denselben Gründen wie vorher beim Resiliationsrechte auf Unterlassung gegen den Hauptmieter klagen können, wenn der Untermieter die Mietsache vertragswidrig gebraucht. Das folgt auch aus den Rechten und Pflichten der Mietparteien, da die Mietsache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten ist (art. 1728, 1 C. c., § 1099 a. BGB.).

VIII. Das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Untermieter.

§ 15.

a) Die rechtlichen Beziehungen im allgemeinen.

Während Hauptvermieter und Hauptmieter im Vertragsverhältnis der Hauptmiete stehen und der Hauptmieter (als Untervermieter) und der Untermieter die Kontrahenten des Unter-

[1]) Willweber S. 24.

mietvertrages sind, verknüpfen Hauptvermieter und Untermieter keine vertraglichen Beziehungen. Das Hauptmietverhältnis besteht ganz unabhängig von der Person des Untermieters, und das Untermietverhältnis ist für den Hauptvermieter eine res inter alios acta;[1]) auch die Erteilung der Erlaubnis gewährt dem deutschen Hauptvermieter im Untermietverhältnisse nicht die Stellung eines Vertragskontrahenten wie etwa der Beitritt. Hieraus ergibt sich für die Beziehungen des Vermieters zum Untermieter, daß ersterer nicht berechtigt ist, vom Untermieter den Mietzins zu verlangen,[2]) und letzterer nicht die Zahlung des Mietzinses an den Hauptvermieter bewirken darf, da ihr beiderseitiger Vertragsgegner der Hauptmieter ist. Umgekehrt braucht der Vermieter nur dem Hauptmieter den Gebrauch der gemieteten Sache zu gewähren und der Untermieter kann sich wegen Überlassung und Gebrauchsgewährung der Mietsache nur an den Untervermieter halten. Hiernach müßte weiter gefolgert werden, daß die Rückgabe der Sache vom Hauptvermieter nur aus den Händen seines Mieters verlangt werden könnte, daß der Untermieter nach Beendigung der Untermiete die Mietsache nur seinem Vermieter ausliefern dürfte u. ä. m.

Aus rechtlichen und praktischen Gründen ist jedoch von den verschiedenen Ländern in einzelnen Beziehungen der oben erwähnte Standpunkt aufgegeben und vertragsähnliche Beziehungen zwischen Hauptvermieter und Untermieter geschaffen worden.

§ 16.

b) Obligatorische Ansprüche.

Einen persönlichen Anspruch des Hauptvermieters gegen den Untermieter kennt das schweizerische Recht im Art. 285 Abs. 2 Satz 2 ObIR., obgleich ein Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Untermieter nicht besteht. Der Art. 285 Abs. 2 bestimmt:

> „Der Mieter haftet dem Vermieter dafür, daß der Untermieter die Sache nicht anders gebrauche, als es dem Mieter gestattet ist. Der Vermieter ist auch unmittelbar berechtigt, den Untermieter hierzu anzuhalten".

---

[1]) Zachariä-Crome Bd. 2 S. 557; weiter Krainz Bd. 2 S. 213; Heuberger S. 119 ff.; Planck Bd. 2 S. 549, 2b; s. auch die Entsch. d. OLG. Marienwerder in der Jur. Monatsschr. für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern 1903 S. 123.

[2]) vgl. Fuld S. 110.

Macht der Untermieter einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache, so kann der Hauptvermieter sowohl direkt den Hauptmieter als auch den Untermieter belangen, auch gegen beide zugleich vorgehen.[1]) Der Vorschlag, dem Hauptvermieter eine direkte Mietzinsklage gegen den Untermieter, wie sie dem französischen Vermieter aus art. 1753 C. c. zusteht, zu gewähren, wurde nicht Gesetz.[2])

Einen direkten Rückforderungsanspruch des Hauptvermieters gegen den Untermieter kennt das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch in der Bestimmung des § 553 Abs. 3:

> „Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern".

Dieser Anspruch entspringt, wie sich die Protokolle[3]) äußern, „einem dringenden praktischen Bedürfnis". Für den Rückforderungsanspruch genügen zwei Voraussetzungen, nämlich die Beendigung der Hauptmiete muß eingetreten sein (damit entsteht für den Vermieter erst der Herausgabeanspruch gegen den Hauptmieter) und die Mietsache muß vom Hauptmieter einem Dritten zum Gebrauche überlassen worden sein (uns interessiert nur die Gebrauchsüberlassung an den Aftermieter). Die Protokolle überlassen die Lösung „der Frage, wie der unmittelbare Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter juristisch aufzufassen sei",[4]) der Entscheidung der Wissenschaft, und die Denkschrift[5]) äußert sich nur: „Ist . . . das Mietverhältnis beendigt, so hat der Vermieter aus seinem Vertrag einen unmittelbaren Anspruch auf Rückgabe der Sache auch gegen den Untermieter". Da der Rückgabeanspruch gegen den Untermieter im Recht der Schuldverhältnisse vom Bürgerlichen Gesetzbuch behandelt wird, so liegt die Auffassung nahe, daß wir es mit einer Vertragsklage oder einer vertragsähnlichen Klage zu tun haben. Diese Ansicht, die der oben angeführten Stelle aus der Denkschrift entspricht, ist denn auch verschiedentlich in der Literatur verfochten worden. Dernburg[6]) sagt von dem Rückforderungsanspruch: „er ist wie eine Klage aus dem Mietvertrage zu behandeln, wurzelt aber in Erwägungen der Zweckmäßigkeit".

---

[1]) Heuberger S. 120.
[2]) Schneider-Fick zu Art. 285 Erl. 4.
[3]) Prot. Bd. 2 S. 190.
[4]) Prot. Bd. 2 S. 190.
[5]) Denkschr. S. 106.
[6]) Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 20 (oben).

Brückner,[7]) früher auch Planck,[8]) nennt ihn eine actio in rem scripta, Fischer-Henle[9]) eine actio utilis, Borcherdt[10]) und Endemann[11]) ein gegen den Dritten wirkendes Forderungsrecht, eine gesetzliche Ausdehnung der Vertragsklage des Vermieters auf Rückgabe gegen den Gebrauchsübernehmer. Oertmann[12]) nimmt an, daß der Untermieter durch den Abschluß des Untermietvertrages „kraft gesetzlicher (notwendiger) Schuldübernahme in die Verpflichtung des Hauptmieters aus § 556 Abs. 1 (Rückgabe der Mietsache nach Beendigung der Hauptmiete) ohne weiteres eintrete, nicht an Stelle, aber neben dem ursprünglich Verpflichteten (kumulative Schuldübernahme)". Dagegen ist eingewendet worden,[13]) daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur zwei Fälle gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme kennt, die §§ 419 u. 2382; da das Bürgerliche Gesetzbuch im § 556 Abs. 3 keine gesetzliche Schuldübernahme vorschreibt, so sei man nicht berechtigt, mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung eine solche für § 556 Abs. 3 zu folgern. Ferner würde eine gesetzliche Schuldübernahme es mit sich bringen, daß der Untermieter mit dem Abschluß des Untermietvertrages nicht nur in die Rückgabepflicht, sondern auch in alle sonstigen Verpflichtungen, z. B. Obhutspflicht, eintritt.[14]) Derselben Auffassung wie Oertmann sind Crome, Matthiaß, Stammler, Rosin, Schubart und Reichel, jetzt auch Planck und Fischer-Henle.[15]) Eine an den Vermieter erfolgte Übertragung des Rückforderungsanspruches des Hauptmieters gegen den Untermieter liegt deshalb nicht vor, weil der Anspruch des § 556 Abs. 3 keine Beendigung der Untermiete voraussetzt, sondern im Gegenteil bei bestehender Untermiete vom Hauptvermieter angestrengt wird.[16]) Romeick[17]) nimmt eine „eigene, ursprüngliche Verpflichtung des Dritten" an, die er mit dem Namen „abgeleitete Schuld" bezeichnet, weil sie „vom Gesetz aus der Tatsache einer anderweitigen primären Obligation

---

[7]) Brückner S. 101 Anm. 2.
[8]) Planck 1. u. 2. Aufl. § 556 Erl. 2.
[9]) Fischer-Henle 2. Aufl. 1898 § 556 Ziff. 4.
[10]) Borcherdt S. 97.
[11]) Endemann Bd. 1 S. 1057 Anm. 21.
[12]) Oertmann § 556 Erl. 3 a.
[13]) Romeick S. 24; Rappaport S. 220.
[14]) Chary S. 27.
[15]) Crome Bd. 2 S. 552 Anm. 47; Matthiaß § 115 Erl. 1; Stammler S. 210 Anm. 3; Rosin S. 79; Schubart S. 79; Reichel S. 113; Planck Bd. 2 § 556, 3 c; Fischer-Henle § 556 Anm. 6.
[16]) Oertmann § 556 Erl. 3 a.
[17]) Romeick S. 27, 29.

zwischen A und B“ — Hauptmietverhältnis — „und aus der Tatsache einer gewissen rechtlich an sich indifferenten Berührung des C mit dem Rechtszweck jener primären Obligation“ abgeleitet wird. Diese Verpflichtung des C soll nur die Rückgabepflicht umfassen. Hiergegen wendet Nissen[18]) ein, daß man mangels ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ein obligatorisches Rechtsband zwischen Hauptvermieter und Untermieter, das schon mit der Gebrauchsüberlassung entstehe, nicht als vorliegend anzunehmen berechtigt sei. Die abgeleitete Mietschuld soll nach Nissen erst mit der nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses erfolgten Sachrückgabeaufforderung entstehen; nach Chary[19]) mit Beendigung der Hauptmiete, nach Romeick[20]) jedoch schon mit der Gebrauchsüberlassung der Mietsache an den Untermieter. Siber,[21]) der ausführlich alle Wirkungen erörtert, gibt keine Erklärung des Rückforderungsanspruches selbst. Schneider[22]) nimmt an, daß der Hauptmieter den Hauptvermieter beim Abschluß des Untermietvertrages repräsentiere, und zwar in Ansehung der dem Untermieter gegen den Hauptvermieter obliegenden Rückgabeverpflichtungen, indem man entweder die erforderliche Vollmacht des Vermieters stillschweigend unterstellt oder die Genehmigung des vom Mieter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages in der späteren Klageerhebung seitens des Vermieters sieht.

Andere Juristen leiten die rechtliche Natur des Rückforderungsanspruches aus dem Sachenrechte her, so Fuld,[23]) der die Verweigerung der Herausgabe der Mietsache nach beendeter Hauptmiete als unberechtigte Besitzesstörung auffaßt, v. Staudinger,[24]) der Besitzesentziehung durch verbotene Eigenmacht annimmt, und Hellwig,[25]) der den Anspruch als Klage aus früherem Besitze konstruiert. Friderici[26]) erklärt, daß der Untermieter als Person anzusehen sei, welche unberechtigt in das Haus des Vermieters eingedrungen sei. Gegen die Hellwigsche Auffassung des Anspruches als deutschrechtlicher Mobiliarvindikation ist eingewendet worden,[27]) daß Gegenstand der Untermiete nicht nur bewegliche Sachen, sondern in den

[18]) Nissen S. 204 Nr. 4, in der JurW. Jahrg. 1903.
[19]) Chary S. 31.
[20]) Romeick S. 27 ff.
[21]) Siber S. 240 Anm. 2.
[22]) Schneider S. 89.
[23]) Fuld S. 109.
[24]) v. Staudinger § 556 III, 5.
[25]) Hellwig S. 421/22.
[26]) Friderici S. 45.
[27]) Chary S. 22.

meisten Fällen unbewegliche seien. Auch würde eine Besitzklage gegen jeden gehen können, der vertraglich vom Mieter den Besitz erhielt; § 556 Abs. 3 dagegen ergibt dem Vermieter den Rückforderungsanspruch nur gegen solche, denen die gemietete Sache zur Gebrauchsüberlassung übergeben worden ist.[28]) Die übrigen Ansichten werden durch § 858 widerlegt, wonach verbotene Eigenmacht nur vorliegt, wenn dem Besitzer ohne seinen Willen der Besitz entzogen oder er im Besitze gestört wird. Die Übertragung des Besitzes an den Hauptmieter seitens des Hauptvermieters erfolgte jedoch mit Willen des Hauptvermieters; auch kann verbotene Eigenmacht nie vom unmittelbaren Besitzer (Untermieter) gegen den mittelbaren (Hauptvermieter) verübt werden, sondern nur gegen den unmittelbaren Besitzer.[29]) Dafür, daß der Anspruch aus § 556 Abs. 3 BGB. ein persönlicher und kein dinglicher ist, spricht insbesondere die Fassung des § 556. Das Wort „auch" deutet nämlich an, daß der Rückforderungsanspruch gleich dem im § 556 Abs. 1 ausgesprochenen Rückforderungsanspruche rechtlich zu konstruieren ist.[30])

Mit der Klage aus § 556 Abs. 3 kann der Hauptvermieter die Rückgabe der Mietsache vom Untermieter verlangen, nicht jedoch für die Dauer der Vorenthaltung derselben den Mietzins vom Untermieter beanspruchen. Dieser Ansicht, daß die Entschädigungstaxe für Vorenthaltung der Mietsache nach § 557 BGB. den Hauptmieter treffen soll, während dem Untermieter nur die Rückgabepflicht obliegt, sind Romeick und Reichel.[31]) Man kann eine Schadensersatzpflicht des Untermieters aus § 557 BGB. nicht als einen Ausfluß der ihm durch § 556 auferlegten Rückgabepflicht auffassen,[32]) ebensowenig wie in der Rückgabepflicht des Untermieters z. B. seine Haftung für Verschlechterungen und Veränderungen der Mietsache, die der Hauptmieter verschuldet hat, enthalten ist. Der Anspruch aus § 556 richtet sich sowohl gegen den Untermieter, der vom Hauptmieter die Mietsache übergeben erhalten hat, als auch gegen spätere Untermieter oder Dritte, die von einem Untermieter den Gebrauch der Sache erhalten haben, z. B. Entleiher, Unterentleiher, Pächter, Unterpächter usw. Die Reihenfolge der

---

[28]) Prieß S. 52.

[29]) Das folgt sowohl aus der Fassung des § 809 BGB. (arg. e contrario) als auch aus dem Rechtsverhältnisse des Besitzes an sich; s. Planck Bd. 3 § 869 Erl. 2.

[30]) Romeick S. 17.

[31]) Romeick S. 30; Reichel S. 114.

[32]) So Nissen a. a. O. S. 203, 5; Chary S. 32.

Gebrauchsüberlassungen darf jedoch von einer Hingabe der Mietsache zu anderen Zwecken als zum Gebrauche nicht unterbrochen werden.[33])

Obgleich schon im Grenzgebiet des Prozeßrechts, steht doch die Frage der Wirkung und Vollstreckbarkeit des gegen den Hauptmieter erwirkten Räumungsurteils gegenüber dem Untermieter mit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Untermiete insofern im engsten Zusammenhang, als die in den meisten Fällen sich herausstellende Unzulässigkeit der Vollstreckung und der sich deshalb für den Hauptvermieter ergebende umständliche Weg der Doppelklage bei der Beratung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der 2. Lesung mit den Anstoß gab, die Vorschrift des § 556 Abs. 3 in das Gesetz aufzunehmen. Denn das gegen den Mieter ergangene Urteil ist keinesfalls gegen den Untermieter vollstreckbar, wenn dieser die gemietete Sache vor der Rechtshängigkeit erlangt hat, da unser auf der Verhandlungsmaxime aufgebautes Prozeßverfahren (subjektive Grenzen der materiellen Rechtskraft) das Urteil nur zwischen den Parteien wirken läßt.[34]) Ist der Untermieter jedoch nach Rechtshängigkeit in den Besitz der Mietsache gekommen, so wirkt das Urteil gegen den Untermieter nur, wenn er Rechtsnachfolger des Hauptmieters geworden ist oder die Mietsache eine im Streit befangene Sache ist (§ 325 ZPO.).[35]) Weitere Voraussetzung dafür, daß dem Hauptvermieter eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils nach § 727 ZPO. gegen den Untermieter erteilt werden kann, ist, daß das Besitzverhältnis bei Gericht offenkundig ist oder vom Hauptvermieter durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird; in allen übrigen Fällen muß der Hauptvermieter erst Klage gegen den Untermieter auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 731 ZPO.) erheben.[36]) Da somit aus einem gegen den Mieter auf Grund der Mietklage erwirkten Urteile nur in den seltensten Fällen eine Vollstreckung gegen den Untermieter möglich ist, so entsprach die Einführung des Rückforderungsanspruches (§ 556 Abs. 3 BGB.) durchaus einem praktischen Bedürfnis für das deutsche Recht.[37])

Die ausländischen Rechte kennen eine dem deutschen Rückgabeanspruch aus § 553 BGB. ähnliche Klage nicht. Hier steht dem ersten Vermieter keine direkte Klage auf Rückgabe der Miet-

---

[33]) So Nissen a. a. O. S. 203, 3.
[34]) Prot. Bd. 2 S. 192.
[35]) vgl. auch Gaupp-Stein § 325 III.
[36]) Niendorff S. 188.
[37]) Prot. Bd. 2 S. 191.

sache gegen den Untermieter zu, der Hauptvermieter kann nur von seinem Mieter die Mietsache herausverlangen. Für das schweizerische Recht konstruiert Heuberger[38]) ein direktes Rückforderungsrecht des Hauptvermieters aus Art. 285 Abs. 2 ObIR. Er nimmt an, daß sich der Gebrauch der Mietsache, auch ein vertragsmäßiger, bei Nichtbestehen der Hauptmiete stets als vertragswidriger Gebrauch — sei es des Hauptmieters, sei es des Untermieters — darstellt, und daß dem Hauptvermieter auf Grund der Bestimmung, daß der Untermieter die Sache nicht anders gebrauche, als es dem Mieter gestattet ist, in den Besitz der Mietsache gelangen und event. Schadensersatz geltend machen kann (Art. 285 Abs. 2).[39]) Nach österreichischem Rechte kann der Vermieter, da das Ende der Hauptmiete die Endigung des Untermietverhältnisses zur Folge hat und der Untervermieter daher die Mietsache vom Untermieter ausgeliefert erhält, nur mit seinem aus dem Hauptmietvertrage sich ergebenden Rückforderungsanspruch vom Hauptmieter die Mietsache zurückerhalten. Direkt gegen den Untermieter kann der Hauptvermieter weder mit einer Vertragsklage noch possessorisch vorgehen, um die Mietsache zurückzuerhalten, selbst dann nicht, wenn die Untervermietung vertraglich ausgeschlossen worden war.[40]) Nur der Untermieter von Immobilien wird nach französischem Recht dem Hauptvermieter als juristischem Besitzer auf sein Verlangen die Mietsache sofort herausgeben müssen,[41]) wenn eine Besitzesstörung vorliegt.

Obgleich nach französischem Rechte Hauptvermieter und Untermieter in keinem Vertragsverhältnisse stehen, so gewährt doch der Code civil im art. 1753 dem Hauptvermieter eine direkte persönliche Mietzinsklage gegen den Untermieter und ein Vorzugsrecht an den Illaten des Untermieters. Auf die Mietzinsklage soll an dieser Stelle näher eingegangen werden, während das Pfandrecht weiter unten zu behandeln sein wird. Art. 1753 lautet:

> Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqui à concurrence du prix de sa sous-location, dont il peut être débiteur au moment de la saisie et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.

---

[38]) Heuberger S. 122 Nr. 12.

[39]) vgl. bezüglich der Ausweisung des Untermieters durch den Hauptvermieter nach Beendigung der Hauptmiete Schneider-Fick Art. 285 Erl. 12.

[40]) vgl. v. Schey § 339 Erl. 21/22.

[41]) Zachariä-Crome Bd. 1 S. 476.

Les paiements faits par le sous-locataire soit en vertu d'une stipulation portée en son bail soit en conséquence de l'usage des lieux ne sont pas reputées fait par anticipation.

Der Untermieter haftet sonach dem Hauptvermieter in Höhe des Untermietzinses, den er dem Untervermieter noch schuldet, für den vom Untervermieter dem Hauptvermieter geschuldeten Hauptmietzins. Vorauszahlungen des Untermietzinses an den Untervermieter darf der Untermieter nicht einwenden, doch es werden solche Zahlungen des Untermieters, die er infolge vertraglicher Vereinbarung im voraus entrichtet hat, oder wo die Vorauszahlung ortsüblich ist, nicht als Vorauszahlungen im Sinne des Abs. 1 art. 1753 C. c. angesehen. Die Klage aus art. 1753 C. c. ist eine direkte Mietzinsklage des Hauptvermieters gegen den Untermieter.[42]) Maßgebend für die Höhe des Zinses ist der Augenblick der Arrestanlegung.[43]) Von einzelnen französischen Juristen wird die Klage des art. 1753 nicht als direkte Klage gegen den Untermieter aufgefaßt;[44]) und zwar wollen jene das Wort „tenu", Haftung, um welches sich der Streit dreht, nur als pfandrechtliche Haftung mit den eingebrachten Mobilien, nicht als Mietzinshaftung verstanden wissen. Sie gestehen dem Hauptvermieter eine indirekte Mietzinsklage (du chef du preneur principal) gemäß art. 1166 gegen den Untermieter zu. War die Untermiete vertraglich ausgeschlossen, so darf der Hauptvermieter den Untermieter nicht wegen des Mietzinses belangen.[45]) Wird der Untermieter zugleich von beiden Vermietern wegen des Mietzinses in Anspruch genommen, so muß er an den Hauptvermieter zahlen, da ja der Untervermieter, im Falle er von seinen Untermietern Mietzins erhält, verpflichtet ist, mit demselben den Hauptvermieter zu befriedigen.[46]) Auch kann der Hauptvermieter vermöge seiner direkten Klage gegen den Untermieter verhindern, daß der Untervermieter mit einer Schuld des Untermieters gegen ihn seinen Untermietzins aufrechnet.[47]) Zahlungen, die der Untermieter zur Zeit ihrer Fälligkeit an den Hauptmieter leistet, sind keine Vorauszahlungen, der Untermieter wird vielmehr durch sie von seiner Schuld und Haftung den beiden Vermietern gegenüber befreit. Letzteres wäre nicht der

---

[42]) Förtsch S. 267; Zachariä-Crome Bd. 2 S. 558 Anm. 7, 2.
[43]) Kranzbühler S. 106.
[44]) vgl. darüber Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 482.
[45]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 464, 465.
[46]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 493 Mitte.
[47]) Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 494 unten.

Fall, wenn diese Zahlungen fraudulos vom Untermieter bewirkt sind.[48])

Das österreichische Recht gibt seinem Hauptvermieter keinen direkten persönlichen Anspruch gegen den Untermieter wie der Code civil im art. 1753, das schweizer. Obligationenrecht in Art. 285 Abs. 2 und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch im § 556 Abs. 2, doch bestimmt die österr. Civilprozeßordnung:

> „Alle gegen den Bestandnehmer erwirkten Aufkündigungen, Aufträge, Entscheidungen und Verkündigungen, welche das Bestehen oder die Auflösung eines Bestandvertrages über einen der im § 560 bezeichneten Gegenstände betreffen, sind auch gegen den Afterbestandnehmer wirksam und vollstreckbar, sofern nicht ein zwischen dem Afterbestandnehmer und dem Bestandgeber (Hauptvermieter) bestehendes Rechtsverhältnis entgegensteht“ (§ 568 CPO.).

So kann auch der österreichische Hauptvermieter unmittelbar gegen den Untermieter vorgehen.

Oft wird der Hauptvermieter in der Lage sein, aus unerlaubter Handlung gegen den Untermieter direkt vorzugehen, wenn dieser z. B. die Mietsache beschädigt hat. Ob der Hauptvermieter sich mit der Mietklage gegen seinen Hauptmieter, der gemäß art. 1735 C. c., § 1111 a. BGB., Art. 285 OblR. und § 549 BGB. haftet, vorgehen will, oder ob er sich direkt an den Untermieter halten will, steht in seinem Belieben. Der Hauptmieter kann seinerseits gegen den Untermieter Regreß nehmen, wenn der Hauptvermieter ihn wegen vertragswidrigen Gebrauches des Untermieters in Anspruch genommen hat. Im Code civil regeln die Fragen der außervertraglichen Schadenshaftung die art. 1382 und 1383, im österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch die §§ 1295 ff., im schweizer. Obligationenrecht die Art. 50 ff. und im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch die §§ 823 ff.

§ 17.

c) Ansprüche aus Besitz und Eigentum.

Ein Rechtsverhältnis zwischen Hauptvermieter und Untermieter läßt sich zwar nicht als vertragliches konstruieren, wenn auch in den einzelnen Rechten vertragsähnliche, persönliche Klagen dem Hauptvermieter zu Gebote stehen, doch gewährt

[48]) Fuzier-Herman art. 1753 Note 38.

der Besitz des Untermietegegenstandes bezw. der Besitz des Gebrauchsrechtes sowohl dem Untermieter Rechte gegen den Vermieter, als auch dem letzteren gegen ersteren.

Nach § 868 BGB., Art. 920 ZGB. ist der Untermieter unmittelbarer Besitzer, der Hauptvermieter mittelbarer Besitzer. Wird der Untermieter durch den Hauptvermieter im Gebrauche der gemieten Sache gestört, so steht ihm dagegen zwar keine Vertragsklage (actio conducti) gegen den Hauptvermieter zu (wie etwa gegen seinen Vermieter, wenn dieser ihn im Gebrauche stören würde), da er mit dem Hauptvermieter in keinem Miet- noch sonstigen Vertragsverhältnis steht, aber die Besitzklagen gewähren dem Untermieter Schutz, da die Verletzung des Gebrauchsrechtes immer eine Besitzverletzung enthält. Als unmittelbarem Besitzer stehen dem deutschen Untermieter die Besitzschutzmittel der §§ 859, 861, 862, 867 gegen den Hauptvermieter und mittelbaren Besitzer zu, und der schweizerische Untermieter kann aus den Art. 926—928 ZGB. gegen den Vermieter vorgehen. Dem österreichischen Untermieter steht die Besitzstörungsklage des § 339 a. BGB. zur Seite, da er Besitzer des Benutzungsrechtes ist, so daß er vermöge dieser Klage sich des Hauptvermieters, der sein Gebrauchsrecht beeinträchtigt, erwehren kann. Der französische Untermieter von Liegenschaften kann Besitzesschutzmittel gegen den Hauptvermieter nicht geltend machen, da er nur détenteur der Mietsache ist, jedoch steht dem Aftermieter von beweglichen Sachen der eigenartige Schutz des art. 2279 C. c. zur Seite.

Dem Vermieter gewährt seine Stellung als Besitzer unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls Rechte gegen den Untermieter, wenn ihm auch obligatorische Rechte aus dem Mietvertrage gegen den Untermieter versagt sind. Zwar sind nach deutschem und schweizerischem Rechte dem Hauptvermieter als unmittelbarem Besitzer die meisten possessorischen Rechtsschutzmittel, die Selbsthilfe des § 859 BGB., Art. 926 ZGB. die Rechte aus den §§ 861, 862, 867 BGB., Art. 927, 928 ZGB., gegen den unmittelbaren Besitzer verschlossen.[1]) War die Untermiete jedoch — sei es vertraglich, sei es laut Gesetzesbestimmung (BGB.) — verboten, so ist nach § 1007 BGB., Art. 936 ZGB. dem Vermieter stets ein Herausgabeanspruch gegeben, vorausgesetzt, daß die gemietete Sache eine bewegliche ist und der Untermieter beim Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war, das ist z. B. der Fall, wenn der Untermieter sich den Gebrauch der Mietsache übertragen läßt, obwohl

[1]) Planck Bd. 3 § 869 Erl. 2.

er weiß, daß der Hauptvermieter die Untermiete untersagt hat. Nach österreichischem Rechte kann der Hauptvermieter als juristischer Besitzer der Mietsache gegen den Untermieter nur dann possessorisch vorgehen, wenn dieser in die Substanz der Mietsache eingreift.[2]) Nicht dagegen kann der Hauptvermieter aus § 339 a. BGB. klagen, wenn z. B. der Untermieter die Sache vertragswidrig gebraucht, da letzterem dann als Besitzer des Gebrauchsrechtes Schutz gewährt wird. Als Beispiel führt Fürth[3]) an, daß wenn der Mieter, also auch der Untermieter, Wäsche in der Küche wusch und trocknete, obwohl dies im Vertrage verboten war, der Vermieter keine Besitzklage hat; entfernt der Untermieter jedoch ohne Wissen und Willen des Vermieters eine Zwischenmauer oder fällt er Bäume, so liegt darin eine offenbare Verletzung der Substanz, die den Hauptvermieter berechtigt, im Besitzstörungswege vorzugehen. Bestritten ist nach österreichischem Rechte, ob der Hauptvermieter bei Weigerung des Untermieters zur Rückgabe der Mietsache nach Ablauf der Miete mittels der Besitzklage die Herausgabe an sich erzwingen kann. Man kann auf dem Standpunkt stehen, daß nach Endigung der Hauptmiete dem Untermieter ein Rechtstitel zum Besitz der Mietsache fehlt. Anderseits ist zu erwägen, daß der Untermieter selbst nach Endigung des Hauptmietverhältnisses im Besitze seines Gebrauchsrechtes bleibt, das erst mit Rückgabe der Sache endigt. Letztere Ansicht, daß der Mieter, also auch der Untermieter, gegenüber der Besitzklage des Hauptvermieters seinen Mietbesitz einwenden könne, dürfte als die allein richtige zu bezeichnen sein, weil der Mieter im Besitz seines Gebrauchsrechtes ist und in die Substanz der Mietsache nicht eingegriffen hat.[4]) War die Untermiete vertraglich verboten und will der Hauptmieter trotzdem die Sache in Untermiete geben, so kann der Hauptvermieter den Untermieter, der in seine Wohnung einziehen will, mit seinen possessorischen Rechtsschutzmitteln abwehren, da er juristischer Besitzer ist und der Untermieter noch nicht den Besitz des Gebrauchsrechtes hat. Ist der Untermieter dagegen schon eingezogen, so ist die Besitzstörungsklage des Hauptvermieters gegen ihn nicht mehr zulässig.[5]) Doch kann der Hauptvermieter gegen einen unechten, vitiosen Besitzer (§ 345 a. BGB.) mit der Klage aus § 346 a. BGB. die Mietsache zurückfordern,

---

[2]) Fürth S. 235; v. Schey § 1101 Erl. 16.
[3]) Fürth S. 235.
[4]) Fürth S. 239/40.
[5]) Fürth S. 254.

auch Schadloshaltung verlangen. Dem französischen Hauptvermieter gewährt der Besitz einer unbeweglichen Mietsache als juristischer Besitzer gegen den Untermieter, der nur détenteur ist und hieraus keine Rechte gegen den Hauptvermieter ableiten kann, weitgehende Ansprüche, die im art. 23—27 C. pr. c. und der Ordonnance vom April 1667 Titel 8 geregelt sind.[6]) Besitzschutz gewährt das französische Recht nur dem Besitzer von Immobilien und Dienstbarkeiten an Immobilien.[7]) Die französischen Besitzklagen gehen auf Schadensersatz. Der Besitz muß ferner bis zur Störung mindestens ein Jahr gewährt haben (art. 23 C. pr. c.). Ist eine bewegliche Sache in Untermiete gegeben worden, so ist der Hauptvermieter in seinem juristischen Besitze nicht geschützt;[8]) gegen Dritte kann hier, wie wir vorher gesehen haben, der Untermieter auf Grund des bloßen Besitzes wie ein Eigentümer aus art. 2279 C. c. vorgehen.

Ist der Vermieter Eigentümer, so kann er die gemietete Sache stets gemäß § 985 BGB. herausverlangen,[9]) jedoch erst nach Beendigung des Hauptvermietverhältnisses, da § 986 BGB. bestimmt: „Der Besitzer (Untermieter) kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn der mittelbare Besitzer (Hauptmieter), von dem er sein Recht ableitet (aus dem Untermietverhältnisse), dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist“ (aus dem Hauptmietverhältnisse). Gestützt auf sein dingliches Recht, die rei vindicatio der Art. 641 ZGB. und § 366 a. BGB., kann der Hauptvermieter auch nach schweizerischem und österreichischem Recht den Untermieter zur Rückgabe der Mietsache zwingen, doch auch hier wieder nur nach Beendigung der Hauptmiete.[10]) Desgleichen kennt der Code civil eine Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer, die jedoch an Mobilien nur beschränkt (in zwei Fällen, art. 1141 u. 2279 C. c.) zulässig ist;[11]) hiergegen kann die Einrede vom Untermieter erhoben werden, daß er zum Besitze berechtigt sei. Steht dem Hauptvermieter, der nicht Eigentümer ist, sonst ein dingliches Recht an der Mietsache zu, so kann er sie mit der dinglichen Klage vom Untermieter zurückverlangen, sobald das Hauptmietverhältnis beendigt ist.[12])

---

[6]) Förtsch S. 61ff.
[7]) Zachariä-Crome Bd. 1 S. 455.
[8]) Zachariä-Crome Bd. 1 § 162.
[9]) Nicht mit § 1004, da der Mieter im Besitz der Mietsache ist; vgl. Entsch. d. OLG. Kiel v. 20. 1. 1903 in der Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 17.
[10]) vgl. Heuberger S. 121 Nr. 11 für die Schweiz, und Fürth S. 255 für Österreich.
[11]) Förtsch S. 65.
[12]) Matthiaß § 115 Erl. 1.

§ 18.

d) Pfandrechtliche Beziehungen.

Nach deutschem bürgerlichen Recht hat der Vermieter eines Grundstückes für seine Forderungen aus dem Mietverhältnisse ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters (§ 559 BGB.), und dem Untervermieter steht ein solches an den Sachen des Untermieters zu. Ein solches Vorzugsrecht haben auch Hauptvermieter und Hauptmieter nach französischem Rechte (art. 2102 C. c.), ein ähnliches Pfandrecht nach § 1111 a. BGB., ein Retentionsrecht nach Art. 294 ObIR., doch erfassen diese Rechte nicht nur die Illaten des Mieters, sondern auch die des Untermieters. Die ausländischen Kodifikationen, die den Grundsatz der Sublokationsfreiheit in ihr Recht von den Römern übernommen haben, waren gezwungen, dem Hauptvermieter zum größeren Schutze für die durch die Gestattung freier Weitervermietung dem Mieter eingeräumten Befugnisse und als Ersatz dafür, daß durch die Gebrauchsüberlassung einer Wohnung an den Untermieter und den gleichzeitigen Auszug des Hauptmieters aus derselben das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des letzteren bedeutungslos wird, ein Äquivalent zu geben, und ist aus diesen Gründen das gesetzliche Pfandrecht des Hauptvermieters auf die Illaten des Untermieters ausgedehnt worden. § 1101 a. BGB. und Art. 294, 295 ObIR. bestimmen:

„Zur Sicherstellung des Miet- oder Pachtzinses hat der Vermieter einer Wohnung das Pfandrecht auf die eingebrachten, dem Mieter oder Aftermieter eigentümlichen oder von einem Dritten ihm anvertrauten (§ 367) Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind. Der Aftermieter haftet aber nach Maß seines Mietzinses, doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmieter geschehenen Vorauszahlung entgegensetzen zu können.

Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat für den Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, welche sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören.

Das Retentionsrecht des Vermieters erstreckt sich auch auf die von dem Untermieter eingebrachten Gegenstände, soweit diesem gegenüber das Recht des Untermieters reicht".

Nach schweizerischem und österreichischem Rechte wird das Pfandrecht bezw. Retentionsrecht nur dem Hauptvermieter einer unbeweglichen Sache gewährt (das österreichische Recht beschränkt es sogar auf Wohnräume). Gegenstand der Rechte sind die Illaten (invecta et illata) des Untermieters, d. h. diejenigen von ihm eingebrachten Sachen, die zur Einrichtung und Benutzung der gemieteten Räume gehören. Das österreichische Recht erweitert den Kreis auf die sämtlich eingebrachten beweglichen Sachen.[1]) Daß die Sachen nicht im Eigentum des Untermieters zu stehen brauchen, unterliegt keinem Zweifel. Das österr. Gesetzbuch erwähnt noch besonders (§ 1101 a. BGB.), daß auch von einem Dritten dem Untermieter anvertraute Gegenstände Illaten sind, und für die Schweiz läßt sich dies argumentum e contrario aus Abs. 2 des Art. 294 ObIR. folgern. Eine gegenteilige Auffassung würde der weitverbreiteten Eigentumsentäußerung mittels constitutum possessorium Vorschub leisten;[2]) in einem solchen Falle könnte sich der Untermieter stets von der Geltendmachung der Pfandrechte seitens des Hauptvermieters durch die Einwendung schützen, daß er die ihm gehörigen eingebrachten Sachen an seine Frau oder Freunde veräußert habe. Voraussetzung des Pfandrechts bezw. Retentionsrechts ist ferner, daß sich die eingebrachten Sachen des Untermieters in den gemieteten Räumen befinden.

Das österreichische Recht gewährt das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters dem Hauptvermieter einer Wohnung zur Sicherstellung des Hauptmietzinses, mag er schon fällig sein oder erst werden, jedoch soll der Untermieter nur in Höhe seines Untermietzinses haften. Eine Einwendung der Vorauszahlung an den Hauptmieter braucht der Hauptvermieter nicht gegen sich gelten zu lassen. Darüber, was unter einer „Vorauszahlung" zu verstehen ist, sind sich die österreichischen Juristen nicht ganz einig. Die eine Ansicht geht dahin, daß jede Zahlung des Untermietzinses vor Fälligkeit des Hauptmietzinses eine Vorauszahlung sei. Nach anderer Meinung[3]) ist unter Vorauszahlung die Antizipativzahlung, d. h. diejenige Mietzinszahlung zu verstehen, die der Untermieter vor Ablauf der Mietzeit, den im § 1100 bezeichneten Terminen, geleistet hat.

---

[1]) Einrichtungsstücke sind nach dem Sprachgebrauch des a. BGB. (§ 674) die zum ständigen Gebrauche der Wohnung und zur Führung der Haushaltung erforderlichen Gerätschaften; Fahrnis ist nach § 1228 a. BGB. das gesamte bewegliche Vermögen.

[2]) Schneider-Fick S. 481.

[3]) vgl. Näheres hierüber bei v. Stubenrauch Bd. 2 zu § 1101 S. 336 Anm. 2.

Wieder andere nennen Vorauszahlung diejenige Zahlung, die vor Fälligkeit des Untermietzinses erfolgte. Die an zweiter Stelle erwähnte Auffassung der Vorauszahlung als Antizipativzahlung wird jetzt von der herrschenden Meinung vertreten und stimmt auch mit der französischen Vorauszahlung des art. 1753 C. c. überein.[4]) Bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung des dem Bestandgeber zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes erklärt das Hofdekret v. 10. 4. 1837, das eine „authentische Interpretation des § 1101“ [5]) ist, „daß das dem Vermieter auf die Einrichtungsstücke und Fahrnisse eingeräumte Pfandrecht schon durch deren Einbringung in die vermietete Wohnung begriffen werde“. Als Folge ergibt sich, daß dem Hauptvermieter die Priorität vor anderen Pfandrechtsgläubigern und sonstigen Gläubigern gesichert ist, ohne daß die Zinsklage vom Vermieter erhoben zu sein braucht. Nach Fürth[6]) geht sogar das gesetzliche Pfandrecht dem vor Einbringung der Illaten existent gewordenen exekutiven Pfandrecht vor. Prozessual geltend gemacht wird das Pfandrecht nach oder mit erhobener Zinsklage durch die gerichtliche Beschreibung der vorhandenen Effekten, die nur die zur Zeit der Klage in den Räumen befindlichen Gegenstände umfaßt und nur eine „Sicherstellung“ des Pfandrechts ist,[7]) da der Erwerb des Pfandrechts sich schon vorher (mit der Einbringung) vollzog. Ist die Beschreibung vorgenommen, so hat der Vermieter ein richterliches Pfandrecht[8]) erworben und geht dasselbe durch die Fortschaffung der Pfandsachen aus der Wohnung nicht mehr verloren. Ehe die Beschreibung erfolgt war, verlor der Vermieter das Pfandrecht, sobald die eingebrachten Sachen des Untermieters — sei es öffentlich, sei es heimlich[9]) — fortgebracht wurden. Macht der Untermieter vor der gerichtlichen Beschreibung daher Anstalten, die Illaten aus der gemieteten Wohnung zu entfernen, so darf der Hauptbestandgeber die Wegschaffung hindern (z. B. die Haustür schließen, die Sachen mit Gewalt zurückhalten oder in fakischen Besitz nehmen,[10]) im Notfalle auch polizeiliche und richterliche

---

[4]) Kranzbühler S. 103.

[5]) Fürth S. 261.

[6]) Fürth S. 275: Es muß .... berücksichtigt werden, daß das Gesetz in § 1101 das Pfandrecht auch auf jene Sachen gewährt, die dem Mieter von dritten Personen anvertraut sind, was wohl auch von denjenigen Sachen behauptet werden muß, die beim Schuldner gepfändet und ihm in Verwahrung belassen wurden.

[7]) v. Stubenrauch Bd. 2 zu § 1101 S. 347.

[8]) Fürth S. 261, 280

[9]) vgl. v. Stubenrauch Bd. 2 zu § 1101 § 3,43. Anders das gemeine Recht.

[10]) Selbsthilfe; vgl. Fürth S. 286/87.

Hilfe in Anspruch nehmen). Als „von Dritten“ anvertraute Sachen gelten auch die im Eigentum der Ehefrau des Untermieters stehenden Sachen, und zwar kraft des ehelichen Verhältnisses, und weil der Ehemann gemäß §§ 1227, 1228, 1238 als gesetzmäßiger[11]) Vertreter dieselben verwaltet, so daß der Mieter auch in Fällen, in denen der Ehemann allein den Untermietvertrag geschlossen hat, die Ehefrau jedoch Eigentümerin der von ihr in die Ehe gebrachten, von ihrem Ehemann in die Wohnung eingebrachten Sachen ist, sein Pfandrecht an den Illaten geltend machen kann. Das Pfandrecht umfaßt nicht die Sachen des Gesindes, der Gäste und Verwandten des Aftermieters,[12]) und zwar deshalb nicht, weil diese Personen weder Untermieter des Untermieters sind, noch ihre Sachen demselben anvertraut haben. Auch auf die Kleider und Schmuckgegenstände der Ehefrau und Kinder des Untermieters erstreckt sich das dingliche Recht des Hauptvermieters nicht.[13]) Aus der Einschaltung des § 367 in den Text des § 1101 ergibt sich,[14]) daß sich der Vermieter stets im guten Glauben befinden muß, daß die eingebrachten Sachen dem Untermieter gehören, wenn sie ihm auch tatsächlich vom Dritten anvertraut sein mögen; doch ist nur bona fides des Vermieters zur Zeit des Einbringens, dem Zeitpunkt des Erwerbs des Pfandrechtes, notwendig, mala fides superveniens non nocet. An verlorenen, geraubten und gestohlenen Sachen erwirbt der Vermieter, auch wenn er gutgläubig ist, kein Pfandrecht.[15]) Auf den Untermietzins direkt erstreckt sich das Vermieterpfandrecht nicht; diesen kann der Hauptvermieter nur gerichtlich pfänden lassen, ohne daß dieses Pfändungspfandrecht im Range anderen Gläubigern vorgeht.[16])

Einzelne Abweichungen vom österreichischen Recht zeigen die schweizerischen Gesetzesbestimmungen. Hier hat der Hauptvermieter einer unbeweglichen Sache kein Pfandrecht, sondern, wie schon oben erwähnt wurde, nur ein Retentionsrecht an den Illaten des Untermieters.[17]) Dieses Zurückbehaltungsrecht geht jedoch weiter als das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, da der Berechtigte, der weder Zahlung noch ge-

[11]) vgl. Fürth S. 269/70.
[12]) vgl. darüber auch Fürth S. 270.
[13]) Fürth S. 270.
[14]) Derselben Ansicht sind v. Stubenrauch Bd. 2 zu § 1101 S. 337 und Fürth S. 270/71.
[15]) Fürth S. 269.
[16]) Fürth S. 264.
[17]) Retentionsrecht ist das Recht, Sachen, die man sonst herausgeben müßte, zurückzubehalten, bis die Forderung, für welche dieses Recht besteht, getilgt ist. Schneider-Fick S. 376.

nügende Sicherheit für seine Forderung erlangt, das Retentionsrecht nach vorheriger Benachrichtigung des Untermieters realisieren kann. Das folgt aus Art. 228 ObIR., und man kann das schweizerische Retentionsrecht daher mit Recht „ein persönliches Recht mit den Wirkungen des Pfandrechts“ nennen.[18]) Es ähnelt dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte des deutschen Handelsgesetzbuches (§ 371). Dies geht auch daraus hervor, daß das schweizerische Retentionsrecht für noch nicht fällige Forderungen geltend gemacht werden kann sowie bei Konkurs und Zahlungseinstellung des Schuldners (Art. 226 ObIR.), eine Bestimmung, die auch in § 370 vom deutschen Handelsgesetzbuch für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht getroffen worden ist. Das schweizerische Retentionsrecht wird ausgeübt durch Selbsthilfe oder mit Hilfe des Betreibungsamtes, falls Gefahr im Verzuge ist, mit Hilfe der Polizei oder der Gemeinde.[19]) Art. 294 Abs. 2 ObIR. bestimmt, daß der Vermieter (also auch der Hauptvermieter gegen den Untermieter [Art. 295]) infolge seines Retentionsrechtes, wenn der Mieter wegziehen oder die in den Mietsräumen befindlichen Sachen fortschaffen will, so viele Sachen mit Hilfe der zuständigen Amtsstelle[20]) zurückbehalten kann, als zu seiner Deckung erforderlich sind. Das Retentionsrecht des Hauptvermieters entsteht schon mit der Einbringung der Illaten in die gemieteten Räume, ist jedoch nur ein persönlicher Anspruch auf die Illaten, der erst mit der „Besitzergreifung“ dinglich wird.[21]) Das Retentionsrecht geht mit der Fortschaffung vom Grundstücke unter, auch wenn dieselbe heimlich geschieht. Das schweizerische Gesetz gewährt dem ersten Vermieter das Retentionsrecht nur für den Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres, den der Hauptmieter schuldet, nicht für den ganzen Hauptmietzins — wie das österreichische Recht —, welches ohne Rücksicht darauf, ob der Mietzins für länger als ein Jahr rückständig ist, sogar für nicht fälligen Zins[22]) das Pfandrecht zuläßt. Die Sachen des Untermieters haften nicht unbeschränkt dem Hauptvermieter, sondern ähnlich dem österreichischen Recht nur in Höhe des Untermietzinses. Während jedoch nach dem österr. allgem. Bürgerlichen

[18]) Heuberger S. 201. So bezeichnete es die Kommission des Nationalrates; vgl. auch Schneider-Fick S. 384 Erl. 6, S. 483 Erl. 16.

[19]) Schneider-Fick S. 482.

[20]) Schneider-Fick S. 486 oben.

[21]) Schneider-Fick S. 486.

[22]) Schneider-Fick S. 479. Das deutsche Pfandrecht (§ 559 BGB.) des Vermieters an den Sachen des Mieters (nicht des Untermieters) kann wegen sämtlicher Forderungen aus dem Mietvertrage, nicht nur wegen des Mietzinses geltend gemacht werden.

Gesetzbuch die eingebrachten Gegenstände bis zur Höhe des vollen vom Untermieter dem Untervermieter geschuldeten Mietzinses ergriffen werden, kann das Retentionsrecht des Vermieters nach dem schweizerischen Obligationengesetz nur in Höhe der Summe geltend gemacht werden, die der Untermieter seinem Vermieter für Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres schuldet.[23]) Nicht alle eingebrachten, sei es dem Untermieter gehörenden, sei es ihm von anderen anvertrauten Sachen, können vom Hauptvermieter zurückgehalten werden. Art. 294 ObIR. zählt gewisse Beschränkungen auf. Wußte der Hauptvermieter oder mußte er wissen, daß ein Teil der eingebrachten Sachen des Untermieters nicht in dessen Eigentum standen, so steht ihm an diesen Gegenständen kein Retentionsrecht zu. Gleichgültig ist es dabei, ob der Untermieter sich im guten Glauben über das Eigentum befand.[24]) Erfährt der Hauptvermieter erst nach der Einbringung der Sachen, daß diese nicht dem Untermieter gehören, so bleibt sein Retentionsrecht bestehen, auch wenn der Untermieter schon zur Zeit der Einbringung mala fide war. Ausgeschlossen sind sodann von dem Untermieterretentionsrecht gemäß Art. 294 Abs. 2 diejenigen Sachen, welche nach den Schuldbetreibungs- oder Konkursgesetzen von der Exekution ausgeschlossen sind. Verlorene und gestohlene Sachen, in denen Dritte Eigentumsansprüche im Sinne des Art. 227 haben, werden gleichfalls nicht von dem Retentionsrecht des Hauptvermieters ergriffen. Da das Retentionsrecht nicht alle eingebrachten beweglichen Sachen des Untermieters umfaßt, sondern nur diejenigen, die zur Einrichtung und Benutzung der Mietsräume gehören, ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes an Geld, Kleidern und Schmucksachen des Untermieters ausgeschlossen.[25]) Das Retentionsrecht geht allen Pfandrechten, die nach Ausübung der Retention oder, ohne daß es der Hauptvermieter wußte, vorher entstanden sind, im Range vor. Nur wenn die Mietzinsschuld, für welche das Retentionsrecht bestand, getilgt ist, dürfen die Pfandgläubiger die gepfändeten Sachen fortnehmen.[26])

Das französische Recht gibt dem Hauptvermieter ein Vorzugsrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters; das

---

[23]) Heuberger S. 202, 206. Schon l. 11 § 5 Dig. XIII, 7 bestimmte: Plane in eum dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi, non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur.

[24]) Heuberger S. 208.

[25]) Schneider-Fick S. 481 Erl. 3.

[26]) Schneider-Fick zu Art. 294 Erl. 5.

folgt aus den art. 1753 u. 2102 C. c. und art. 820 C. pr. c., welcher lautet:

> „Peuvent les effets des sous-fermiers et sous-locataires garnissants les lieux par eux occupés et les fruits de terre qu'ils sous-louent être saissie-gagés pour les loyers et fermages dus par le locataire ou fermier de qu'ils tiennent, mais ils obtiendront main-levée en justifiant qu'ils ont payé sans fraude et sans qu'ils puissent opposer des paiements faits par anticipation".

Das gesetzliche Vorzugsrecht (privilège) an den eingebrachten Illaten des Untermieters steht nur dem Vermieter von Grundstücken zu.[27]) Dasselbe erstreckt sich auf den Kreis de tout se qui garnit la maison louée (art. 2102 C. c.). Nicht hierunter fallen bares Geld, Schmuck, gestohlene oder verlorene Sachen sowie solche Sachen, von denen der Vermieter weiß, daß sie nicht im Eigentum des Untermieters stehen.[28]) Das Vorzugsrecht des Code civil, ein Privilegium auf bestimmte Mobilien, entspricht genau dem deutschen gesetzlichen Pfandrechte.[29]) Der Untermieter haftet ähnlich wie im österreichischen und französischen Rechte nur in Höhe seines Mietzinses, den er noch dem Untermieter schuldet. Daneben hat auch der Untervermieter ein Vorzugsrecht an den Sachen des Untermieters, doch steht sein Recht dem seines Vermieters im Kollisionsfalle nach.[30]) Daß der Hauptvermieter nicht alle an den Untervermieter bewirkten Vorauszahlungen gegen sich gelten zu lassen braucht, ist schon vorher bei Besprechung des art. 1753 C. c. ausgeführt worden, desgleichen, was unter Vorauszahlung nach französischem Rechte zu verstehen ist.[31]) Auf Grund seines Vorzugsrechtes kann der Hauptvermieter die eingebrachten Sachen des Untermieters beschlagnahmen lassen, er kann aber auch Forderungen des Untermieters direkt mit Beschlag belegen lassen[32]) (saissie-arrêt sur les sommes dues au sous-locataire). Hat der Hauptvermieter zu Unrecht eine Beschlagnahme ergehen lassen, so kann der Untermieter, im Falle man ihm seine Sachen nicht freigibt, Schadensersatz verlangen.[33]) Die Mietzinsklage und das daraus entspringende Vorzugsrecht gemäß art. 1753, 2002 C. c., art. 820 C. pr. c. steht dem Hauptvermieter nicht nur gegen den ersten

---

[27]) Fuzier-Herman art. 2102 Note 1.
[28]) Zachariä-Crome Bd. 2 S. 24/25.
[29]) Zachariä-Crome Bd. 2 S. 6.
[30]) Zachariä-Crome Bd. 2 S. 22.
[31]) vgl. S. 57, 63 der Arbeit.
[32]) Carpentier zu art. 1753.
[33]) Fuzier-Herman art. 1753 Note 41.

Untermieter, sondern auch gegen alle späteren (sous-preneurs intermediaires), besonders den letzten wirklichen Untermieter (sous-preneur actuel) zu. Während in der französischen Wissenschaft es bestritten ist, ob dem Hauptvermieter gegen die Zwischenuntermieter außer der dinglichen Klage eine direkte (art. 1753) oder indirekte (art. 1753, 1166 C. c.) Klage zusteht, waltet kein Zweifel darüber, daß die Mietzinsklage gegen den letzten Untermieter, der die Sachen innehat, eine action personelle et directe ist.[34]) War die Untermiete verboten, so gilt die Beschränkung des art. 1753 nicht, die Illaten des Untermieters sind dem Hauptvermieter vielmehr für die ganze Schuld des Hauptmieters verpfändet.[35])

Das deutsche Recht gewährt dem Vermieter, der ein Grundstück vermietet hat, ein gesetzliches Pfandrecht für seine Forderungen aus dem Hauptmietverhältnis nur an den eingebrachten Sachen seines Mieters (§ 559 BGB.). Um die Aufnahme der Sublokationsfreiheit möglich zu machen, war in den Verhandlungen bei Beratung der Untermiete in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs von einer Minorität[36]) der Vorschlag gemacht worden, das Pfandrecht des Hauptvermieters auf die eingebrachten Sachen des Untermieters auszudehnen; doch fiel dieser Vorschlag mit der Aufnahme des im § 549 BGB. aufgestellten Grundsatzes des Verbotes jeglicher Gebrauchsüberlassung. Man konnte nunmehr bei grundsätzlicher Nichtzulassung von Untermietern dem Hauptvermieter kein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters zubilligen, etwa nur für Fälle vertraglich zugelassener Untermietung. In ähnlicher Weise sprachen sich die Gutachten aus dem Anwaltsstande aus[37]) und wiesen insbesondere darauf hin, daß jeder Vermieter sich bei Erteilung der Erlaubnis zur Untermiete vertraglich ein Pfandrecht ausmachen oder sonstige Sicherstellung vom Mieter für sich erwirken könne. Die Motive[38]) führen als Grund für die Nichtaufnahme des gemeinrechtlichen[39]) Pfandrechtes des Hauptvermieters an den Sachen des Untermieters an, daß durch dasselbe nur „ungerechtfertigte Härten und mißliche Verwicklungen hervorrufen würden", und dem ist

---

[34]) vgl. Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 491; Fuzier-Herman art. 1753 Note 67 u. 72.

[35]) vgl. Zachariä-Crome Bd. 2 S. 23 Anm. 3; Sirey art. 1753 Erl. 3.

[36]) Prot. Bd. 2 S. 181.

[37]) vgl. Denkschr. S. 109; Willweber S. 61; Pries S. 67.

[38]) Mot. Bd. 2 S. 405.

[39]) Auch nach allgem. preuß. Landrecht wurde ein solches von einzelnen preußischen Juristen (s. B. Koch) als bestehend angenommen; vgl. darüber Kranzbühler S. 104.

durchaus beizupflichten. Man denke dabei nur daran, daß die Realisierung jedes Pfandrechts sowieso schon oft zu unbeabsichtigter Schädigung des Pfandschuldners führt, daß jedoch das verklausulierte Untermietpfandrecht, das nur wegen des Hauptmietzinses in Höhe des noch vom Untermieter geschuldeten Untermietzinses geltend gemacht werden könnte, viel größere Schwierigkeiten in seiner Geltendmachung verursachen und in den meisten Fällen unberechtigterweise den Untermieter schädigen würde. Diese Nachteile, die die Aufnahme des gesetzlichen Pfandrechts des Hauptvermieters an den Illaten des Untermieters in den ausländischen Rechten hervorgerufen hat, werden dort auch keineswegs verkannt.[40])

Das dem deutschen Untervermieter zustehende Pfandrecht könnte jedoch durch Vertrag auf den Hauptvermieter übertragen werden.[41]) Bei Begründung eines vertraglichen Hauptvermieterpfandrechts an den Sachen des Untermieters ist jedoch nach § 1250 BGB. zur Übertragung des Pfandrechtes auch die Abtretung der Mietszinsforderung nötig. Durch Einigung und Übergabe kann der Hauptvermieter nicht gesetzlicher Pfandrechtgläubiger werden, weil der Untermieter den unmittelbaren Besitz der Mietsache nicht aufgibt. Der vorher beschriebene umständliche Weg wird selten vom Hauptmieter eingeschlagen werden, da er dem Untermieter verpflichtet bleibt, während der Hauptvermieter infolge der Forderungszession alle Rechte des Untervermieters erhält. Nach deutschem Recht wird sonach in den seltensten Fällen der Hauptvermieter ein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters haben.

IX. Überblick.

§ 19.

Faßt man die für die Untermiete wesentlichsten Rechtssätze zusammen, und zwar nicht, wie bisher getan, nach der Systematik,

---

[40]) vgl. Heuberger S. 210. Da das Verfahren, durch welches der Hauptvermieter die Zurückhaltung der vom Untermieter eingebrachten Sachen bewirkt, nach seinem Wesen und Zwecke notwendig eine gründliche Untersuchung und Prüfung der Frage, ob eine Schuld des Untermieters für Mietzins des verflossenen und des laufenden Jahres besteht bezw. wie groß dieselbe ist, ausschließt, so liegt es nicht in der Macht und in der Hand der zuständigen Amtsstelle, deren Hilfe der Hauptvermieter zum Zwecke der Zurückhaltung der vom Untermieter eingebrachten Sachen in Anspruch nimmt, jene für den Untermieter durch die Zurückhaltung der Sachen entstehenden Härten zu verhüten.

[41]) Fuld S. 111 oben.

daß nacheinander die einzelnen Untermietebestimmungen für alle genannten Staaten betrachtet werden, sondern in der Weise, daß das gesamte Untermieterecht hintereinander für jeden der vier Staaten erörtert wird, so ergibt sich folgender Überblick.

Im französischen Rechte gilt der Grundsatz der freien Untervermietung, doch haftet der Untervermieter für jeden von dem Untermieter angerichteten Schaden. Der Hauptvermieter kann den Untermieter direkt wegen des Mietzinses belangen, auch steht ihm an den eingebrachten Sachen des Untermieters ein Pfandrecht zu. Ein direktes persönliches Rückforderungsrecht der Mietsache des Hauptvermieters gegen den Untermieter kennt der Code civil nicht, es sei denn, daß der Hauptvermieter von Immobilien als juristischer Besitzer vom détenteur (Untermieter) die Sache herausverlangt. Letzterem stehen nach französischem Rechte keine Besitzesschutzmittel zur Seite, nur der Untermieter von Mobilien ist durch art. 2279 C. c. geschützt. Die Untermiete endigt mit Auflösung der Hauptmiete. Macht der Untermieter einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache, so kann der Hauptvermieter die Auflösung des Hauptmietverhältnisses verlangen.

Das österreichische und schweizerische Recht haben den Grundsatz der Sublokationsfreiheit mit der Beschränkung aufgenommen, daß kein Nachteil durch die Untervermietung für den Hauptvermieter entstehen darf; auch muß der Hauptmieter für jegliches Verschulden des Untermieters einstehen. Macht der Untermieter einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache, so kann der Hauptvermieter die Aufhebung des Hauptmietvertrages verlangen. Mit der Beendigung der Hauptmiete hört der Untermietvertrag auf zu bestehen. Der Hauptvermieter kann nach schweizerischem Rechte den Untermieter zum vertragsmäßigen Gebrauch der Sache direkt anhalten, auch erhält er an den eingebrachten Sachen des Untermieters ein Retentionsrecht; letzteres kann jedoch nicht den vom Hauptmieter geschuldeten Mietzins an den Hauptvermieter zahlen, indem er sich dadurch von seiner Zinsschuld seinem Vermieter gegenüber befreit. Das österreichische Recht gesteht dem Hauptvermieter ein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten des Untermieters zu; dieser kann mit befreiender Wirkung die Schuld des Untervermieters an den Hauptvermieter zahlen. Direkte Ansprüche des Hauptvermieters gegen den Untermieter kennt es nicht. Während ferner nach schweizerischem Recht der Untermieter, weil er die tatsächliche Gewalt über die Mietsache ausübt, im Besitz geschützt ist, stehen dem österreichischen Untermieter

die Besitzschutzmittel zu, weil er Mietbesitzer, Besitzer des Gebrauchsrechtes an der Mietsache geworden ist.

Das deutsche Recht läßt grundsätzlich keine Weitervermietung der gemieteten Sache zu, doch steht dem Hauptmieter ein Kündigungsrecht zu, falls der Hauptvermieter die Untermiete grundlos verweigert. Der Hauptmieter haftet für jegliches Verschulden des Untermieters bei Benutzung der Mietsache, für den Zufall hat er bei nicht gestatteter Untervermietung einzustehen. Dem Hauptvermieter gewährt das deutsche Recht ein Kündigungsrecht bei vertragswidrigem Gebrauch der Mietsache durch den Untermieter sowie einen persönlichen Rückgabeanspruch gegen den Untermieter nach Endigung der Hauptmiete, nicht dagegen ein Pfandrecht an den Illaten des Untermieters. Letzterer ist auch nicht berechtigt, an den Hauptvermieter den Mietzins zu bezahlen. Das Ende der Hauptmiete hat auf den unabhängig vom Hauptmietvertrage abgeschlossenen Untermietvertrag keinen Einfluß. Als unmittelbarem Besitzer stehen dem Untermieter die Besitzesschutzmittel zur Seite.

Die Frage der Aftermietzulässigkeit ist vom schweizerischen, österreichischen und französischen Rechte bejahend wie im römischen Rechte, im Gegensatz dazu vom deutschen Rechte — im Einklang mit dem allgem. preuß. Landrecht — verneinend beantwortet worden. Desgleichen nimmt Deutschland eine Sonderstellung ein mit seiner Auffassung vom Ende der Untermiete, mit seinem direkten Rückgabeanspruch des § 556 BGB. und durch die Nichtgewährung des Pfandrechts an den eingebrachten Sachen des Untermieters. Frankreich tritt in Gegensatz zu den übrigen Rechten durch seine Besitzlehre und dadurch, daß es eine direkte Haftung des Untermieters für den Mietzins dem Hauptvermieter gegenüber begründet. Eine Schadenshaftung des Hauptmieters für den Untermieter und das Kündigungsrecht des Hauptvermieters, falls der Untermieter die Mietsache vertragswidrig gebraucht, ist in sämtlichen Rechten anerkannt worden, wenn auch letzteres von den ausländischen Rechten nicht ausdrücklich. Es ergibt sich aus den angestellten Betrachtungen, daß das deutsche und französische Untermieterecht die wesentlichsten Verschiedenheiten voneinander und den anderen Rechten zeigen, während Österreich und die Schweiz nur in wenigen Punkten voneinander und den in den Nachbarrechten für die Untermiete aufgestellten Rechtssätzen abgewichen sind.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.